

D.
HIERONYMI
BORGIÆ J.C.
INVESTIGATIONES
JURIS CIVILIS



D.

HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBRI XX.

In quibus

ANTONIJ FABRI J.C.

CONIECTVRÆ

INVESTIGANTVR, ET REFELLVNTVR

Quidve

Circa easdem in Foro receptum sit

In gratiam Pragmaticorum disquiritur.



NEAPOLI, EX OFFICINA BVLIFONIANA cIↃIↃCLXXVIII.

SVB SIGNO SIRENIS

SVPERIORVM PERMISSV, ET PRIVILEGIO.





EMINENTISS. ET REVERENDISS. PRINCIPI

D. D.

INNICO CARACCIOLO
S.R.E. CARDINALI
AMPLISSIMO
ARCHIEPISCOPO NEAPOLITANO.

D. HIERONYMUS BORGIA. F. P.



CVM annorum multorum ſtudio, cæteris prætermiſſis Operibus, hos Legalium Inveſtigationum Libros Confecerim, Sanctorumque ſub patrocinio meorum diviſis partibus, & diſpoſitis foras emiſerim: Animadverti E. Dom. Defenſionis tutelam alteram adhuc cunctos expoſcere, nam & libros quoque juvare credunt Experti, quod magno, & ſuperelato Nomine inſcriptam habeant frontem, poſſintque illud (Cæſaris ſum) uſurpare. Quod ſanè per quam neceſſarium hodiè adverſus invidiæ Calumnias, quæ impudens, & aliquando ſacrilega quemlibet mordere ſolet audactèr. Idcirco operæpretium duxi Opus integrum Nomine tuo obſignatum prodire. Nomine inquam tuo non alio, nam hoc laudatum ubiq; cultumque, non ſolum Atavorum Celſitudine Ayrolae Dvcvm, è priſcis illis Caracciolis, qui ſplendore Regiæ proſapiæ (juxta patrios hiſtoricos, exteroſque, tum etiam Gręcos Zonaram, & Cedrenum,) magnitudine dominatus, geſtiſq; heroicis, fuerunt, & ſunt totius Europæ nedum Regni Parthenopęi ornamentum, & decus; Verum etiam tuis præcipuè Eminentiſſimis virtutibus factiſque Egregijs. Quis enim non experitur, in Teque uno miratur, aſſiduè in gubernando operoſam

ma-

maturamque Prudentiam? oculatam in munerando Benignitatem? Liberalitatem in Ornando conſpicuè Eccleſiam Sponſam, parietes,& Altaria in veſtiendo, magnificè profuſam? Quis in Te uno non videt ſollicitam animi Propenſionem in pauperibus ſubveniendo perabundè, Morum Sanctimoniam qua Edicta legeſque tuas exemplo roboras, facileſque reddis, ut in Clero, quinimò in cunctis, bonitatem, & diſciplinam perficiendo cuſtodias, invictam Conſtantiam in Eccleſiæ jura tutando, Majeſtatem denique, & decorem quibus addis Nitorem Purpuræ, qua plaudente bene tuorum Conſcia meritorum Vrbe, ſeu dixerimus Orbe Roma, & Plurimorum Pontificum uniformi Elogio approbante, decoratus exiſtis? Rogo itaque Em. Dom. ut meam electionem, quæ & devotionis,& ſervitutis Teſſeram præfert, æqui bonique accipias, eaque animi humanitate, qua me ſacris addixiſti, & honoribus cumulaſti innumeris, partus, & hoſce meos Contutari fac velis. D. O. M. ad S.R.E. Præſidium Te E. Dom. ad Neſtoreos annos ſoſpitet, & perducat.



I I.

LECTOR

SISTE parumper, & non me quem in Sequentibus latè differentem, & forsan ad nauseam usque feres, sed Viros extra aleam doctissimos audi, pro me loquentes; nam, quod ego adversus Fabrum, idest omnium postremus adversus primos Iur. Consultos disputem, docet *Seneca*, id fieri posse, & solere affirmat, *quoniam patet omnibus veritas, nondum est occupata multum ex ea etiam posteris relictū est*; & monet *Lactantius*, qui testatur *quod dedit omnibus Deus pro virili Sapientiam.* Nè tibi incredibile videatur, quod *Faber* toties à scopo aberraverit; Suadet *Quintilianus*, qui scripsit, *neque statim legenti persuasum sit omnia quæ magni Auctores dixerunt utique esse perfecta, nam & labuntur aliquando, & oneri cedunt, & indulgent ingeniorum suorum voluptati, nec semper intendunt animum, & nonnunquam fatigantur, cum Ciceroni dormitare interim Demosthenes; Horatio, & Homerus ipse videatur.* Rursus quod ego Viri tàm laudati errores detegere voluerim, & refellere, non injuria, aut superbia factum, non inutilitèr; *Picus Mirandulanus* pronunciabit his verbis, *Sicuti invidia est quærere in magnis viris potiùs quod damnes, quam quod extollas; ita inscitiæ sicubi defecerunt non potiùs damnari velle quam imitari*. Cæterum scias velim quod Nos, uti olim *Cicero, Et refellere sine pertinacia, & refelli sine iracundia parati sumus*. Interim utar dennò Senecæ verbis, & profiteat quod non ideò scripsi *ut ostenderem quantum tempus apud Grãmaticum perdiderim, quis enim accuratè loquitur nisi qui vult putidè loqui*? Certè neminem latere credo in hujusmodi scribendi genere in quo ego quod *ornari res ipsa negat contenta doceri*. Vale & innumera quæ i rrepsère errata, excusa, emenda. Occupationes meæ variç, & multiplices. Commune librorum Fatum, & quæ potissima causa, Typographorum ostinata incuria, sunt in culpa. iterum Vale.

APPRO-

APPROBATIONES.

In Congreg. habita de mandato Eminentiss. D. Card. Caraccioli, &c. sub die 2. Decembris 1676. fuit dictum, quod Opus inscriptum, Investigationes Iuris Civilis, &c. revideatur ab V.I.D. Ioanne Baptista Nepita, &c.

F. Scanagata Vic. Gen.
Ioseph Imperialis Soc. Jesu. Theol. Em.

EMINENTISS. ET REVERENDISS. DOMINE.

HVnc primum Tomum cui titulus (D. Hieronymi Borgiæ I. Consulti Investigationum I. Civilis Libri XX. in quibus Antonij Fabri Conjecturæ investigantur, & refellunrur quidve circa easdem in foro receptum sit in gratiam Pragmaticorum disquiritur) recognovi, & perpensum attentius, dignum Auctore suo, sincera, & erudita doctrina ex arcanis præsertim legum Imperialium earumque Interpretum concinnè elaboratum, & exornatum reperi; Nęuum verò nullum vel erratum in Fide Ortodoxa bonisve moribus depræhendi, sic Emin. V. testor à quo de Lustrando opere mandatum accepi; dignum ergo, ut typis detur censeo si Em. V. placitum accesserit cui fęlix præcor ævum Neap. 7. Iulij 1677.

Emin. V. Reu.

Humillimus servus addictiss.
Ioannes Bap. Nepita.

Investigationum I. Civilis Domini D. Hieronymi Borgiæ Partem Secundam evolui nihil à fide Ortodoxa, vel bonis moribus alienum admittit; quæ vero complectitur hæc laude digna censeo fabrefacta. Ideo ut prælo detur dignam existimo.

Emin. V. Reverendiss.

Humillimus servus addictiss.
Io: Bapt. Nepita.

In Congregatione habita coram Em. D. Cardinali Caracciolo Arch. Neapol. sub die 9. Octobris 1677. fuit dictum quod stante retroscripta relatione imprimatur.

F. Scanagata Vic. Gen.
Joseph Imper. Soc. Jesu Theol. Emin.

ECCELLENTISSIMO SIGNORE.

D. Girolamo Borgia espone à V.E. come desidera dare alle Stampe le seguenti sue Opere, e la supplica di commetterne la revisione à chi resterà servita, ut Deus. Le Opere sono v3. (Investigationes Iuris Civilis, &c.) quibus Antonij Fabri Conjecturę elidunrur. Suspicionum Iuris prima, & secunda pars. (Riflessioni sù la Istoria della Passione di N.S. Giesù Christo, &c.)

Mag. V.I.D. Ioseph Valletta videat, & in scriptis referat.

Galeota R. Carrillo R. Valero R. Cala' R. Soria. R
Provisum per S. Ex. Neap. die 8. Martij 1677.

Comus.

EXCELLENTISSIME DOMINE.

LEgi atque pluries investigavi Investigationes Iuris Civilis quibus D. Hieronymus Borgia, Antonij Fabri Conjecturas elidit. Vir tam genere, quam virtutibus clarus, qui hac tempestate, uti in jurisprudentia atque alijs scientijs bonarumq; litterarum studijs facilè princeps, plura edidit Opera omni eruditione plena, quæ satis uti specimen sui ingenij erunt æstimanda, & cum nil repererim quod Reg. Majestati nõ sit consonum; librum prælo dignum si E.V. videbitur, novi, & existimo. 20. Ian. 1678.

Humillimu Cliens
Joseph Valletta.

Visa supradicta Relatione imprimatur, & in publicatione servetur Reg. Pragm.

Galeota R. Carrillo R. Valero R. Cala' R. · Soria R.
Provisum per S. Excell. *Mastellonus.*

IN-

INDEX
CAPITVM PRIORVM
LIBRORVM DECEM
INVESTIGATIONUM

Prior Numerus Caput, Posterior vero paginam demonstrat.

LIBRI PRIMI.

LIBRI SECVNDI.

LIBRI TERTII.

LIBRI QVARTI.

4. Ve-

LIBRI QVINTI.

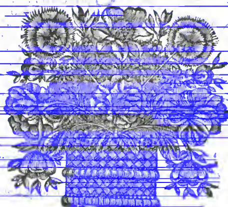
LIBRI SEXTI.

LIBRI SEPTIMI.

LIBRI OCTAVI.

LIBRI NONI.

LIBRI DECIMI.



SAN-

SANCTISSIMO PATRIARCHÆ

CAIETANO THIANEO

CLERICORVM REGVLARIVM

INSTITVTORI,

ET PRÆSTANTISSIMO TVTELARI SVO

D. HIERONYMVS BORGIA.

Hanc primam Investigationum Iuris Civilis Partem. D. D.

Etsi Ego Sæculi, eorumque qui illud amant Speciosis opinamentis, moribus etiam superbis, & inutilibus, tandem repudium miserim, suasque res sibi habere voluerim, non idcirco, quæ grati animi ergò ostendere indicia, vel Laici, & Profani solent, tristis, & cogitabundus evito, aut à mè puto aliena: hinc justum, & opportunum fore credidi, si hos, qui sequuntur primos quinque Investigationum mearum libellos tuo nomini devoverem, atque tibi hac inscriptione dicatos ostenderem; nam sive infirmitates laboresve debilitent, sive infortunia concutiant, sive Corporis mentisque suffocent angustiæ, præsentaneum, Te & Potentissimum Auxiliatorem, & Protectorem apud D.O.M. ejusq; filium IESVM D. à primis annis, familiæque etiam meæ expertus sum, & experior. Accedit quod ad scribenda hujusmodi aliaq; Opuscula, primos habui impulsus à Ven. Angelo Maria Verricello, Viro, Omnigena eruditione, Theologia præsertim, & Iurisprudentia, & multò magis sanctimonia morum, & innocentia, vita quoque pluries in Apost. Mengreliæ Missionibus pro Christo Barbarorum insultibus exposita, longè inter Tuos Clarissimo. Ille namque, dum me Adolescentem solidæ, & veræ devotionis Christianæ præceptis (utinam adammussim obtem-

perassem)

peraſſem) imbueret, Crebris quoque Monitis, & exemplo ſuo, ad hoc genus ſcriptionis direxit, impulit, ſpemque etiam, & fiduciam dedit. Cæterum, & ſi non ignorem Te hominum laudibus non indigere qui auſcultas Angelorum, & Beatorum Spiritus Cantus, & voces, parumque eſſe quod Nomen tuum perenni Fama, & Empirea immortalitate Conſpicuum, inſcribatur in libris, quando, & Dei digito in libro vitæ, & aſſiduo Miraculorum ſtylo in hominum Cordibus inſcriptum eſt; attamen cum ego aliud præſtantius dare non valeam, do quod poſſum, & poſtquam Me ipſum omneſque Meos tibi addixi, Ingenium quoque ejuſque Partus etiam volo dicatos.



D. HIE.



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

PARS PRIMA PRIORES LIBROS QVINQVE COMPLECTENS.



CAPVT I.

De interpretatione l. qui Romæ 122. D. de verborum obligat.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus.*
2 *Quibus plures date interpretationes.*
3 *Vera interpretatio.*
4 *Ostenditur hanc veram esse.*
5 *Incongrua oblatio in hac l. etiam tempore.*
6 *Fabri expositio.*
7 *Impugnatur.*
8 *Fabri consideratio.*
9 *Reijcitur.*
10 *Cur ad usuras vitandas non profuit oblatio in hac l.*
11 *Repetentium, & Pragmaticorum opinio.*
12 *Quibus modis oblatio fiat incongrua, & primò de loco.*
13 *De oblatione verbali.*
14 *De oblatione incongrua tempore.*
15 *Quid dicendum in pacto de retrovendendo.*
16 *Si creditor statim petat, incongruo tempore petit.*
17 *De oblatione incongrua ratione quantitatis.*
18 *Pecunia debet offerri iusti valoris, & ponderis.*
19 *Non debet esse de proximo abroganda.*
20 *Deponi etiam debet, quod solvendum est pro sportulis.*



Quamquam verissimum sit ex Scevole Responsis plurima in juris nostri libris occurrere, quæ obscura, & implicita sint; Non tamen ex horum numero est illud, quod habemus in *l. qui Roma 122. D. de verborum oblig.*. Et tamen licet non tale sit, effugit *Antonij Fabri* obtutum, adeò ut in eo exponendo conjecturis sibi opus esse existimaverit in primo suarum conjecturarum capite, quod in præsenti investigatione elucidabimus.

Et sanè cum Juris Consulti verba hæc sint.

1 *Qui Roma mutuam pecuniam acceperat solvendam in longinqua provincia per menses tres eamq; ibi dari stipulatus spopondisset: post paucos dies Roma, testatò, creditori dixit, paratum se esse Roma eam numerare, detracta ea summa, quam creditori suo usurarum nomine*

dederat. Quaſitum eſt, cum integram ſummam, qua ſtipulatione obligatus eſt obtulerit; an eo loco, in quo ſolvenda promiſſa eſt, ſua die integra peti poſſit. Reſpondi poſſe ſtipulatorem ſua die, ubi ſolvendam ſtipulatus eſt petere.

Et cum ut ſupra hæc verba multiplicem, nedum duplicem ab interpretibus receperint interpretationem, ut videre eſt, ex Antiquis apud *Jaſonem, & Soccinum*, & ex Neotericis apud *Cujacium, & Emilium Feretum*, atta-
3 men omnium verissima, ipſiſque verbis accomodatior illa eſt, quam antiquam *Faber* appellat, quæ ſcilicet docet in propoſita ſpecie ideo *Scevolam* Reſpondiſſe poſſe ſtipulatorem ſua die, & ubi ſolvendam pecuniam ſtipulatus fuerat petere, quoniam incongrua oblatio, & tempore, & loco fuerat, id quod ex ſequentibus patet.

4 Primò, incongrua loco, nam ex illis verbis: *mutuam pecuniam accepit ſolvendam in longinqua Provincia* nemo non videt, adjectum locum ſolutionis utriuſque creditoris, & promiſſoris, aut quod verius ſolius creditoris gratia fuiſſe, ad hoc ſcil. ut ex loci longinquitate, adeòque temporis interſtitio, non minùs trium menſium, (quibus omninò opus, ut pecunia, aut mandatum ſolvendi in Provincia perveniret) uſurarum lucrum ſtipulanti inferretur. Hinc cum intempeſtiva oblatione, & Romæ facta, idem lucrum à ſtipulante auferre promiſſor conaretur; nam detracta ea ſumma, quæ uſurarum nomine deberat, offerebat; Reſponſum eſt hoc agere, obſtante ſtipulata promiſſione non poſſe. Is enim, qui loco non deſtinato obtulit, nihil egit *l. is, qui 9. D. de eo, quod certo loco*; niſi obtulerit quidem ſolutionē in loco diverſo ab eo, in quo promiſit, ſed quod creditoris intereſt obtulerit etiam; tunc enim recipere (licet loco non ſuo) pecuniam creditor teneretur, ut ex *Pragmaticorum, & Interpretum* adeoque ex omnium conſenſu adnotat *Olea* in ſuo tractatu *de ceſſ. jurium tit. 1. q. 6. n. 56.* ubi plura adducit ad rem.

5 Rursùs, & quoad tempus incongruam in hac lege oblationem fuiſſe, idque eadem qua ſupra ratione, dicendum erit, nam quamvis Regula ſit, poſſe debitorem præfinitum tēpus ſolvendo anticipare *l. cum ſi quis 50. D. de act. & oblig. l. ſtipulatio iſta §. ſi inter D. de verbor. obligat.* hęc tamen Regula locum ſibi vindicat quoties debitor cum anticipata illa ſolutione nullum detrimentum creditori infert; undè cum in propoſita ſpecie ideo offerret debitor antè tempus, ut uſurarum jam ſolutarum lucrum à ſtipulante detraheret, (offerebat namque detracta ea ſumma à principali ſorte) propterea nihil agit, & ad hoc non advertit *Donellus* dum *in Comment. ad hanc l.* cōgruam circa tempus fuiſſe oblationē ſcripſit; igitur concludendum erit cum *Scevola* quod cum oblatio propoſita, fuerit, & loco, & tempore incongrua quoniam obſtante ſtipulatione, ita fieri non licuit, poterit ſtipulator ſua die ibi, ubi ſtipulatum fuit pecuniam petere.

6 At videamus nūc, quæ adversùs tàm perſpicuam text. hujus explicationem opponat *Faber*: Et ait ille, quæ propoſita ſunt, adeo perſpicua eſſe, ut probabile non ſit de his *Scevolam* fuiſſe conſultum; quæ nam enim ratio dubitandi eſſe potuit, ſi incongrua tempore, & loco fuit oblatio? acutè ſi dijs placet, quaſi verò hoc ipſum non dubitaretur, an ſcil. incōgruare vera fuiſſet oblatio in propoſita ſpecie? Nam quamvis talem eſſe, ratio à nobis propoſita convincat, adfuiſſe tamèn dubitandi momenta in contrarium, vel ex eo conſtat, quod l. ſi: nempè ex ea poſtquam *Scevola* rem decidit, inventus ſit *Faber*, qui cōgruam quinimmò fuiſſe oblationem contendat.

7 Pergit *Faber*, & ſub *n. 3.* & ſequentibus ſcribit, ideò congruam fuiſſe tempore oblationē, de qua agimus, quoniam creditori ante diem ſolvi poteſt *l. quod quis 50. D. de verb. oblig. l. ſtipulatio iſta 38. §. ſi inter D. de verb. obligat. l. continuus 137. §. cum ita D. todē*, ac ideo etiā congruam loco quoniam poſt paucos dies facta, ideſt priuſquam in longinquam Provinciam perveniri poſſit, atque ita antequam illo in locó debita pecunia eſſe cępiſſet.

8 Sed hujuſmodi conſiderationes jam olim ab *Accurſio, Bartolo, Jaſone, Feretto*, & ſequacibus, veluti quę dubitandi rationes fecerant prævisę, & rejectæ fuerant, & *Venulej* Reſponſum in citata *l. continuus*, quod unicum in hac re ſtringere videbatur, longè ad aliam ſpeciem pertinere animadverſum. Quærebatur enim apud *Venulejum*, an debitor, qui dare Epheſi promiſerat, tranſacto jam tempore quo ibi pervenire potuiſſet, rectè Romæ, ubi permanſerat ad ſolutionem adigeretur? & affirmativè reſponſum eſt triplici de cauſa; prima quoniam per debitorem ſteterat, quominùs Epheſi daret. Secunda, quoniam per alium Epheſi dare potuiſſet. Tertia, quia ubique poteſt ſolvi: ſed hæc locum habent, cum creditor ipſe à promiſſore fruſtratore petit, quod ſibi debetur, cumque, qui ut ſolutionem Epheſi faciendam effugeret, Romè permanſeret, adhùc Romæ permanentem (*quoniam ubique ſolvi poteſt*) ad ſolutionem aſtringit; At quando debitor ipſe alio in loco, quàm in adiecto promiſſioni, offert, & offert cum creditoris detrimento, cui prodeſt ſtatuto in loco exigere, ut ſaltem ex hoc uſuras lucretur, ut in hac ſpecie *l. qui Romæ*; aliud dicendum eſt, nam tūnc verum nō erit, quod ubique ſolvi poteſt, alioquin hac una regula totus titulus de eo, *quod certo loco*, le-

legesque omnes de materia loquentes abrogarentur.

10 Porro & hoc ipsum de tempore dicendum erit; nam etsi offeratur, antequàm in longinquam Provinciam perveniri possit, anticipatur tamèn tempus in creditoris præjudicium, quod fieri non posse toties inculcavimus.

Sed firmata recepta explicatione, *Fabrianam* disquiramus, quæ hujusmodi est: in specie *Scevola* proposita congrua oblatio fuit loco, & tempore, verum ideò non profuit ad cursum usurarum evitandum, quoniam usuræ non ob moram, sed ex conventione prorogatæ fuerant: undè minùs obtulit, qui detracta ea summa obtulit. At in his illud primò monemus, non novam explicationem, & a *Fabro* excogitatam proponi, sed jam antè ab *Accursio*, & *Baldo ad l.si pecuniam D.si certum petatur*, & à *Bart.Soccino* ad hanc *l.qui Roma num.*2. propositam; Deinde, & adversus eam facere, quod veròsimile non sit ut debitor sciens usuras de per se, & non habito respectu ad moram, promisisse, ideoque debere, crediderit posse easdem effugere moram anticipando. & denique parum acutè ratiocinari Eos, qui de promissione usurarum, aut de per se, aut habito respectu ad morā apud *Scevolam* tractatum dicunt, constare ex eo quod *Scevola* non de usuris promissis, sed de jā solutis egerit, ideòq; non an validè promissæ fuerint, & an exigi potuissent, sed an jam exactę detrahi à summa principali posteà possent, quæsitum apud eum esse.

11 Sed postquam, & *Repetentium* expositiones, & *Fabri* conjecturas examinavimus; disquiramus quæso quid *Pragmatici* in materia hujus legis sentiant; & quidem primo illud occurrit, quod post *Bartolum*, *Baldū Jasonem*, *Ripam*, & similes fatētur incōgruam oblationem fuisse apud *Scevolam* in hac lege: ideoq; passim jactant incongruam oblationem debitorem non liberare, ut notat *Alexander Raudensis in tractatu de Analogis in Appendicis par.* 4. nam ad effugiendam moram, cursumque usurarum, & rei promissæ periculum, non debitum dumtaxàt offerri, sed congruè offerri oportere, docent cùm *Afflicto decis.*150. *num.*11.

12 Deinde & illud quoque apud eosdem constat, quod triplici modo incongrua esse poterit oblatio facta, scilicet loco, tempore, & quantitate.

Et loco, si non ibi ubi destinata solutio fuerat, pecunia offeratur, ut in specie nostræ *l.qui Roma* contingit, hinc passim monent Practici, locum adjectum solutioni semper esse attendendum præcipuè in literis cambij, ut tradit *Genua in tract. de script.priv. tit.de lit.cambij num.* 11. & *Gaitus de credito cap.*2. *tit.* 7. *num.* 2446. ad locum quoque pertinet animadversio illa, quam plerique proponunt; utrum scilicet oblatio in Judicio, an verò extra judicium fiat, siquidem facta in judicio, & si verbalitèr tantùm, ut ipsi loquūtur, calore tamèn judicij suffulta statim in mora creditorē constituet, at quæ extrà judicium fit non ita, nisi verbalis nō solum, sed cū re, nempè cum pecuniæ deposito facta fuerit, tunc enim eundem effectum pariet: Ita ex *Paulo de Castro in l.si non alienam §.qui antè num.*6. *D.de pignoribus*, & *Iasone* adnotant *Carocius de deposito par.*1. *tit. de obsignatione num.*1. *Cavensis in ritu* 173. *num.*4. *Merlinus decis.Lucensi* 70. *num.* 10. *Monacus decis. Lucens.*22. *tit.*12. & *Muta decis.Sicula* 55. *n.* 11. neq; ratio obscura, quoniam cum factam apud Judicē, in arbitrio creditoris sit acceptare, nā licet verbis factam potest ipse facere, ut ex ea cōdemnatio sequatur; si id non agat, statimq; non acceptet, in mora seipsum constituit, ut *Faber* ratiocinatur *in Codice tit.* 36. *lib.* 7. *definit.*7. *num.*10. hoc verò multò magis locum habebit, si creditor non solùm non acceptaverit oblationem sibi factam, sed aut, ne usurarum comodo privaretur, aut alia de causa detractaverit, & reluctaverit, ut fieri ut solet, & plura causatus, à verbis ad rem, & ab oblatione ad depositum venire debitorem prohibuerit *Morotius Resp.*9. *num.*16. *Giurba decis.* 112. *num.*23.

13 Fatentur tamen Omnes, quod quāvis oblatio verbalis in judicio facta moram in creditorem transferat, non ideò obligationem debitoris perimit, ut idem *Faber* advertit *lib.* 4. *Cod.tit.*33. *defin.*15. *num.*2. & *lib.*7. *tit.* 18. *definit.*61. *num.* 1. tùnc enim & obligationem quoque perimeret, quando cum ea integra pecunia deponeretur, depositumquè factum judicialitèr Creditori foret notificatum *de Franchis decis.*227. *num.*7. ad quam observat *de Luca* quod cum de oblatione, & resignatione agitur, distinguendum erit inter usuras jam cæptas currere, & quæ nondum currere cæperint, ut distinxit *Urvins decis.*525. *nu.*5. unde ad hāc doctrinam dirigenda erunt, quæ scribunt *Gratian. discept.cap.*8. *nu.*18. & *Surdus decis.*262. *num.*2. & *seq.* & insuper addendum quod hoc depositum, sive obsignatio in Mēsa publica, & ut Nostri loquuntur in Banco publico ritè, legitimèque apud nos fient, ut *Giurba* advertit *decis.*78. *num.*10. & *Gaitus de credito cap.*2. *tit.*2. *num.*83.

14 Ulteriùs & tempore, incongruam oblationem esse posse duplicitèr, anticipatione, & transgressione Nostri docent. Priori modo si tempus adjectum in Creditoris gratiam, ejusve comodum fuisset, aut si in utriusque scil. etiam debitoris; nam in utroque hoc casu anticipari non poterit, *Franc. de Petris*

*conf.*14. aliique ex regola *l.eum, qui D.de an-*
nuis legatis, & similibus. Quamquam ut pluri-
rimum, quia tempus debitoris gratia appo-
ni solet, si ità fuerit, posse eundem debitorem
suo favori renunciare, & anticipare solutio-
nem, nemo est qui dubitet, & si creditor, nisi
præfixo tempore transacto petere non possit
l.42.D.de verb. oblig. qua assertione aptissimè
utitur eloquentissimus noster *de Rubeis Cer-*
taminum forensium 7.in notis num. 79. Poste-
riori autem modo, idest transgressione inuti-
lis fiet oblatio, cum post elapsum præfini-
tum tempus offertur; tùnc enim nec usuras,
nec periculum evitat is qui offert, sicut neq;
inemptam rem facit si conventio præcessisset
de retrovendendo infrà certum tempus, ut
docent *Curtius senior conf.*11.*num.*9.*Angelus*
*conf.*190.*Boerius decis.*12.*num.*20.*& Carocius*
*de deposito par.*2.*q.*129. & sanè, quia minùs
solvit, qui moram in solvendo committit *l.si*
cui in fine D.de verb. signif. nàm solidum non
solvitur, non minùs quantitate quàm tempo-
re *l.solidum* 85. *D.de solutionibus:* nil mirùm
est si obsignatio, & oblatio pecuniæ, præfini-
to effluxo tempore facta non iuvet, nam
non de solido est, non integra est, quoniam
tarda, & morosa; hoc autem, & multò magis
dicendum erit, si tantummodò verbis facta
fuisset morosa oblatio, ut fatentur *DD.in l.ac-*
ceptam C.de usuris, & in l.obsignatione C.de so-
lut.& Marsilius *singul.*479 *Carocius par.*1.*tit.*
de obsignat. verbali, & Costa de re integra dist.
69.*num.*3.
15 Illud quoque appositè monent, Nostri,
quod cum de exercendo pacto de retroven-
dendo agitur, non debet is, qui retroveodi-
tionē sibi fieri intendit, lapsum temporis ex-
pectare; sed tempore adhuc durante, saltèm
verbis offerre, quod si egerit, admittetur, & si
post aliquod tempus tandem pecuniam obsi-
gnabit, ut post *Bar.Castrensem, Bal.* aliosque
scribit *Boer.decis.* 24.*nu.*7.*Negu(z)ant.de pign.*
*& ex his Cartarius decis.Gennen.*61.*num.*6.*&*
& Teodorus allegat. 73. *num.*15. qui omnes
concludunt oblationem verbalem, durante
tempore factam adeò proficuam esse oblato-
ri, ut actionem ad redimendum etiam elapso
tēpore, ei cōservet, & ita ratiocinatur *Ioan-*
nes Andreas in addit. ad speculat. in Rubrica
*de emptione, & vendit. Seccin. conf.*80. *Mila-*
*nensis lib.*2.*decis.*4.*num.*102.
16 Ad hanc quoque temporis incongruita-
tem reducitur, & illa, quæ ex conditionibus
extrinsecis, ut vocant in deposito appositis
oriri solet; faciunt enim illæ, ut non statim, &
suo tēpore pecunia ad creditorem perveniat,
atque illum frustrantur, quousq; conditiones
reiiciat: hinc non iuvare huiusmodi obsigna-
tiones, nec usurarum cursum vitare, & si ex-
presse creditor non contradixerit, scripsère
Follerius de censibus §. ut vides num. 52. *Grat.*
*discept.cap.*795.*tom.*4. *& Rota Romana*, cum
quibus *Regius Consiliarius Staibanus in obser-*
vat.ad suam resolut.forensem 17.
17 Tandem, & incongruam oblationem di-
cemus, si quantitas debita non integrè offe-
ratur, quoniam oportet illam integre, & cum
usuris etiam si fortè debeantur offerre, ex Re-
gula *l.2.C.de vend.pign.* ideoque Practici om-
nes cū de reiiciendo deposito, aut recipiendo
agunt, illud in primis inspiciunt, an fortè in
aliquid deficiat; etenim ne nummum quidem
à forte, vel ab usuris diminui patiuntur post
*Grat.discept.forens.cap.*8. *num.*31. etiam si in
obsignanda pecunia id fieri diceretur, salvo
iure augendi *Peregr.conf.*75.*num.*4. *Costa de*
*re integra princ.*2.*num.*1. *& conf.*74. *num.*4.
aliique quorum dicta expendunt *Menochius*
de arbitr.casu 172.*& Giurba decis.* 87.*&* 98.
18 Adduut iidem *Pragmatici* pecuniam obla-
tam debere esse iusti valoris, & bonitatis, ut
fuerat olim, cum à debitore recepta; nàm
non tenetur creditor recipere pecuniam pon-
deris non legitimi *Tiraquell de retr. con.*§.1.
19 *Glos.*20.*num.*13. sicut nec pecuniam proximè
abrogandam, tùnc enim idem est, ac si foret
jam abrogata *Iason, Ippolitus*, & similes, ex
quibus *Matthaus Brunus de cess. bonorum*
*quæst.*30.*Anna singul.* 348. *Franc. de Petris*
*conf.*14.*Reg. Capyc. Latro decis.*17. ubi *Giz-*
20 *zius in observ.* His & illud notabilitèr Re-
centiores addunt, ad integritatem depositi
pertinere, ut quantitas illa pecuniæ depo-
natur in simul cum forte, & usuris, quæ in ex-
pensis erogari oportet, & in sportulis exsol-
vendis Tabellionibus, Notarijs, alijsque ad
quos spectant, cum retrovenditiones annuo-
rum introituum fiunt, aut Rei cuiuslibet; &
cum quietationes, & liberationes scribuntur
& cessiones, ut idem *Regius Consil. Stayba-*
nus 1.*resolut. cap.*17.*& Torus in compend. de-*
*cis.par.*1.*verf. expensa, seu sportula* monuère;
Cedula autem data à banco, seu mensa, eaq;
Nuntio tradita, & creditori solvi iussa, seu
girata, ut dicunt, habetur, ac si numeratio pe-
cuniæ foret sequuta, & statim usurarum cur-
sus impedietur, atq; periculum quoq; pecuniæ
in creditorem transferetur, ut bene *Sanfeli-*
cius adnotavit *decis.*157.*lib.*2. *& Capyc.La-*
*tro consult.*150. *tomo* 1. quibus adsentiuntur
*Episcopus Maranta Resp.*94. *lib.*3. *& Eru-*
ditiss.Consil. Petra in doctiss. suis Commeot,
ad Ritus M.C. Ritu 174.*num.*5.



CA-



CAPVT II.

De lect. l. quod dicitur 5. D. de impensis in rebus dotalibus factis, & l. is qui 56. §. quod dicitur D. de jure Dotium.

SVMMARIVM.

1 *Obscurus est Vlpianus in l. quod dicitur 5.*
2 *Faber promittit veram explicationem.*
3 *Quid illud sit, quod Vlpianus respondeat.*
4 *Explicatur.*
5 *Impugnatur Fabri emendatio.*
6 *Quid Paulus velit, exponitur.*
9 *Quid sentit Paulus de Nerva, & Scevolæ sententia.*
8 *Alciati, & Cujacij opinio.*
9 *Refellitur.*
10 *Pragmaticorum, & Interpretum traditio.*
11 *Distinctio inter parvas expensas, & magnas in expensis necessarijs.*
12 *Quid de utilibus expensis.*
13 *Quid de expensis in infirmitate?*
14 *De animo repetendi, & an præsumatur.*
15 *An expensa facta pro defuncto, compensentur cum legato.*
16 *An deducantur de parte bonorum per consuetudinem, aut fideicommissum, Agnato relinquenda?*
17 *Quando censeantur expensa condonata.*
18 *De expensis funerum.*
19 *De alimentis durante infirmitate, præstitis.*

1 Quid sibi *Vlpianus* velit *in l. quod dicitur 5. D. de impensis in rebus dot. fact.* adeò obscurum visum est quibusdam ex interpretibus, ut ingenuè cum *Mariano, Soccino in 3. parte hujus Rubricæ num. 18.* fassi sint in explicando eo loco, se edoceri potiùs malle, quàm alios docere, eò magis, quod *Vlpianus* ipse pugnare cum æmulo *Paulo in l. is, qui 56. §. quod dicitur D. de jure dotium* disertè videtur, desperataque sit conciliatio, ut integro illo suo libello ostendit *Alphanus*, quem *de substantia dotis* inscripsit.

2 At *Faber* quamvis id ipsum fateatur, scribens hoc capite *num. 6.* se non intelligere, quid illud sit, de quo *Vlpianus* quærat *in vers. ubi ergo admittimus diminutionem dotis ipso jure fieri, ubi non sunt corpora, sed pecunia*, & adijciat, multò minùs se intelligere quid illud sit quod Respondeat; attamen audacissimè veram explicationem, & emendationem promittit.

3 Videamus itaque antequàm *Fabrianam* diluamus, an revera desperatus sit locus; adeò, ut omninò ad emendationem deveniendum sit; & quidem verba *Vlpiani* hæc sunt: *Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere sic erit accipiendum, ut Pompon. ait non ut ipsæ res corporaliter minuantur, utpotè fundus, vel quodcunque aliud corpus, etenim absurdum est diminutionem corporis fieri propter pecuniam: Caeterùm hæc res faciet desinere fundum esse dotalem, vel partem ejus. Manebit igitur maritus in rerum detentione, donec ei satisfiat; non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio.*

4 Et horum verborum haud difficilis explicatio est; nam vel primo aspectu ex ipsis intelligimus velle *Vlpianum ex Pomponio* explicare Ulgarem Regulam, quæ habebat *impensas necessarias dotem minuere*, & proindè nos monere, quod hujusmodi diminutio dotis non ità fit, ut corpora ipsa dotalia diminuantur, & desinant talia esse, nam ex. gr. si in dotem data quatuor campi jugera proponerentur, expensumque ex necessitate in illis fuisset quantum duo jugera valerent, nō ideò dicendū foret ex jugeribus campi dotalis duo desinere dotalia esse; etenim erogatę expensæ facient quidem ut dos ipsa minuatur, at non ut corpora; idest facit ut dos quæ, olim apud maritum fuerat tanti valoris, quātì quatuor agri jugera valebant, nùnc fit minoris valoris, & quantum duo valerent: hinc cum dos repetenda quatuor jugera campi petentur, sed opponet de impensis maritus, & opē exceptionis retinebit quousque pecunia erogata ei solvatur.

5 Hujus autem moniti rationem reddit *Vlpianus*, eamque duplicem: Prima, quod *absurdum sit diminutionem corporum fieri propter pecuniam*. Secunda, quòd si admitteretur hujusmodi diminutio in corporibus, fundus qui paulò antè dotalis fuerat desineret esse dotalis, aut in totum, si tanti quanti valet, aut pro parte, si quanti pars valet expensum foret: at si desineret esse dotalis, quomodò posteà, solutis expensis denuò dotalis redderetur? Certè idem fundus nunc dotalis, nùnc non dotalis, & proprius mariti foret.

His positis. Quærit denuò *Vlpianus*, & ubi *admittimus diminutionem dotis ipso jure fieri*, quasi dixisset, postquam dote existente in corporibus, corpora non minuuntur, quamvis dos diminuatur, ideòq; ut exceptione utatur maritus oportet; ubi ipso jure dotis fiet diminutio, adeò, ut exceptione uti viro opus non sit? & sibimet ipsi Jur. Consultus respondit *ubi non sunt corpora, sed pecunia*, idest ubi dos non in corporibus consistet, quæ nequaquàm diminuuntur; sed in pecu-

pecunia, quæ diminutionem admittit; hoc enim casu, quia non corporum, sed pecuniæ maritus debitor est propter dotem receptam, & vice versa etiam pecuniæ creditor idem maritus ob expensas erogatas, nil vetat ipso jure compensationem fieri, cum hinc inde quantitas debeatur ad Regulam *l.10.& sequ. D.de compensationibus*, neq; absurdum ullum sequi necesse est, siquidem pecunia nō potest esse penès maritum tanquam fundus dotalis, quippe quę cū functionem recipiat in genere suo, non prorsùs eadem, scilicet non in ijsdē nummorum corporibus est restituenda, sat enim est quod restituatur ipsius quantitas, & valor; nisi dicere velimus infructuosam, & sterilem pecuniariam dotem penes maritum semper futuram, quia ea uti non valens easdem prorsùs monetas restituere tenebitur, quod certè absurdum est dicere.

5 Quæ omnia cum ità sint (ut ad *Fabrū* deveniamus) quis unquam ipsius emendationem admittet? & contra omnium Codicum fidem apud *Vlpianum* (*ubi ergo admittimus diminutionem dotis ipso jure fieri*) reponet *ipsa in re fieri* quando tum insolens est hujusmodi loquēdi formula apud J.C. *diminutio fieri ipsa in re*, tum etiam textum alioquin lucidum sub obscurum reddit, & confusum: Distinguit namque *Vlpianus*, ut ex contextu videre est, dotem in re consistentē, idest in corporibus, à dote consistente in pecunia; unde si postmodū dotem consistentem in pecunia *ipsa iure* minui diceret, suam propriā distinctionē cōfunderet; & sanè cum dos in pecunia consistens ob impensas erogatas diminuitur, non tàm ipsa in re, quàm ipso iure diminuitur.

6 Sed ad Paulum, quem adversantem *Vlpiano* faciūt, accedamus; & hic *in l.is, qui 56. §. quod dicitur D. de iure dotiū* hanc eandem quęstionem tractans, ita Respondit, *quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere non eo pertinet, ut si fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse; sed, nisi impensa reddantur, aut pars fundi, aut totus retineatur*, & in his verbis, revera non adversatur *Vlpiano* dum id ipsum quod ille docet, scil. necessarias impensas non minuere fundum dotalem, idest corpora in dotem data, sed Retentionem marito concedere, quanquā illud verum sit, quod in proponenda quæstione, eaque in decidenda, non tàm perspicuus, & dilucidus *Paulus*, est quàm *Vlpianus*, sivè quia quæstionem notam vulgatamq; tractabat; undè non opus credidit lōga explicatione esse, sive more suo usus, quo non solum *Scevolā, & Papinianum* in brevitate imitatur; sed ad alias, & alias quæstiones properans, plura insoluta, aut manca relinquit, & plura præmit. Pergit Idem, *sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Scevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum expensas obtulerit.*

Hic ad alterā speciem transgreditur, & *Scevolæ* circà eam temperamentū, & opinionem refert. Cum enim per partes tantum in fundo fuerit expensum, quāti fundus est, credidit *Scevola* quia nil amplius in fūdo mulieri remanserat, desinere fundum esse dotalem; at quia durum hoc videbatur, addidit esse attamen in potestate mulieris facere ne id eveniat modò intrà annum expensas marito obtulerit.

5 Relata hac sentētia ulteriùs *Paulus* progreditur, & tertiā proponit speciem *si pecunia, & fundus in dotem sint, & necessaria expensa in fundo facta, Nerva ait dotē pecuniaria minui.* Reddit indè rursus ad priorem speciem, de qua Scevola, & ait. *Quid ergò si mulier impensas marito solvat, utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? Cujus rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scevolæ nostri sententiam; nàm si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursùs quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur.*

7 Sic ille ratiocinatur: & mordet aliquantulum *Nerva, & Scevola* sententiam: non tamen omninò reijcit, & impugnat, ut perperam *Bartolus, Salicetus*, alijque crediderant, quibus adsentitur *Faber num. 5.* Etenim eam suppletione indigere, ostendēs, absurda proponit, quæ evenirent, si simpliciter, ut à *Scevola, & Nerva* proposita est admitteretur Primum absurdum quia si cum *Nerva* dicemus dotem pecuniariam minui, si pecunia, & fundus in dote sint; restituta posteà pecunia, in dubio erit, an crescet dos jam diminuta, an verò ex integro data videatur? Secundum absurdum quia si desinit fundus esse dotalis, ut *Scevola* sentit, si tantum per partes impensum sit quanti fundus est, cum pecunia posteà restituitur non apparet, quomodò denuò fundus fieri possit dotalis. Tertium absurdum nam si interim fundus, dotalis nòn est, quomodò maritus non obstante lege Cornelia illum alienare prohibebitur?

Ut ergò hæc vitet, & aliquid de suo afferat *Paulus* concludit, *& magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur*, atq; ita admittit *Scevolæ*, & *Nervæ* sententiam, & concedit non esse absurdum, ut qui priùs dotalis fuerat, & deinde talis esse desinit fundus, denuò in causā dotis revertatur; Et ne interim in præjudiciū uxoris maritus alienet, de suo *Paulus* supplet, inhibendam marito alienationem, ità fassus legis Corneliæ prohibitionem non sufficere, eo quod fundus dotalis esse desierat; Et ità (quod *Faber* non advertit) temperamen-

tamentum *Scevola* tanquam mancum taxans; *Scevola* enim intra annum ne maritus alienare posset volebat, quando asseverando fundum desinere esse dotalem fatebatur legem Corneliam circa illum operari amplius non posse ejus; prohibitionem in proposita specie deficere,& ideo ne fundus alienaretur innuebat remedio aliquo (quod tamen non proposuit) succurrendum mulieri fuisse; hunc autem invenit *Paulus* proponendo accersiti inhibitionis auxilium.

8 Scio viros doctissimos *Andream Alciatum in l.hereditatis appellatio D.de verbor.significatione, & Iacobum Cujaciū obser.lib.23.c.12.* Credidisse, *Paulum* in propositis speciebus de dote in pecunia,& corporibus consistente, & de expensarum ratione,fundi dotalis valorem æquante, ab *Scevola*,& *Nerva* dissensisse, eorumque sententiam latiùs impugnasse, id verò, non placuisse *Triboniano*, ideoque quibusdam additis adminiculis,& *Pauli* Respōsum ad illorum opinionem accommodasse.

Sed vix est ut virorum doctissimorū conjectura recipi possit; primò, quia si *Triboniano* visum fuisset *Nerva,& Scevola* sententiā simpliciter admittere; facilius ea omnia, quæ in adversum *Paulus* proposuerat substulisset; secundò, quia nulla juris ratione moveri *Paulus* poterat, ut negaret *Scevola* ipso jure dotem minui, & fundum dotalem, desinere esse talem, cum tanti per partes impensum est, quāti est; nulla enim mulieri infertur injuria, ut & DD. & *Faber* animadvertere in hoc casu; nàm cum nihil in fundo ei remaneat, non potest causari invitam se ad communionem adigi contra regulam *l.si non fortem 26. §. si certum D. de condictio. indebiti* ut turbatur in *Vlpiani* specie, in qua partem in fundo adhuc retinebat, & non tanti quanti fundus valebat, in eo impensum erat.

9 Denique turbare Doctissimum *Cujacium* non debuit, quod in hoc responso à Juris Cōsulto anni tempus præfiniatur, & temporis præfinitio non ipsius, sed Imperatoris, aut *Triboniani* Imperatorem agētis est, quoniam quinimmò I.C. plerumque tempus præfinijsse apparet *ex l.cum Domini horreorum D.locati ex l.qua §.1. D. eodem*, ubi biennij tempus idem *Paulus* præfinijt, sicut quinquennij præfinitum fuit in *l.cum libertatibus D.de operis libertorum*, cum tamen lex *Iulia*, quæ de *maritandis ordinibus* lata fuerunt quinquennij mentionem non fecisset, ut videre est in Alex. rescripto in *l.ut Patroni C. de operis libertorum* tempus etiam definitum videmus *in l. libertus D.eodem, & in l.13. qui præsens de verborum obligat.* & alibi.

10 Sed cum de his satis: Videamus nunc quid de hujusmodi juribus *Vulgares Interpretes*, quidve *Pragmatici* sentiant, & apud Primos magna contentiō horum jurium conciliatio, excitavit, meliores tamen *Bartolo* adsentiuntur, & minuere dotem necessarias impensas asseverant, dotem quidem, non corpora, ut explicant apud *Phannucium de lucro dotis num.19. & Garziam de expensis cap.13. num.49.* unde ex horum traditione passim

11 clamant Secundi maritum necessarias impensas, si modo magnæ fuerint, recuperaturum, easque in dotis restitutione deducturum cum *Afflicto dec.359.num.2. Carocio de locato p.4.tit.de expensis n.38. Gaito de credito c.4.q.11.n.198.* cum tamen non idem dictum velint, si parvæ fuissent impensæ, ut monent *Vrsillus ad Afflictum*, alijque.

12 Quod si expensas factas non quidem necessarias, sed utiles fuisse proponeretus, an idem dicendum sit, variè DD. respondent, ut apud *Decinm* videre est *conf.232.n.4. Baldum Novellum de dote par.8.privil.13.* & si apud nonnullos constet, quod quoties debitor, uti est maritus, aliquid expendit, semper id fecisse creditur, animo compensandi, & retinendi, ex eo quod debet, aut debiturus erit, *Spino in Speculo de testamentis col.2. num.53. Rodriquez de concursu creditorum par.1.art.3 num.14.* & ex hoc concludunt maritum meliorationes in fundo dotali factas, adeoque utiles expensas, prævia retentione posse deducere, ut in foro receptum, de *Angelis* testatur *in addit.ad dec.Guzzarelli.44.n.8.* etiam inspecto tempore soluti matrimonij, & dotis restitutionis *Reg.de Marin.quotid.resol.lib.2. cap.133.n.17.*

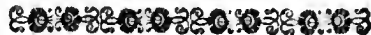
13 Sed quoniam inter impensas necessarias, quibus dos minui solet, eas etiam numerandas nostri affirmant, quas non in corpora dotalia, sed in ipsius mulieris corpus, cum illud infirmum est, causādo maritus erogaverit, aut in idem sepeliendum fecerit; lubet, & de his aliqua adnotare, & quidem si *Alex.* Rescriptum, quod extat *in l.quod in uxorem 13 C.de neg.gestis*, ut ejus sonant verba, attendēdum esset vix quæstioni, an impensæ factæ in infirmitate uxoris sint repetendæ, locus esse posset. Negat enim repetitionem apertissimè Imperator, ibi, *quod in uxorem tuam agra erogasti non socero repetere, sed affectioni tuæ debes expendere*, & rursus de funeris impensa idem Imperator ait, videndum esse, *an quasi sorte recepturus maritus impenderit*, idest, ut explicant *Pragmatici* an protestatione præmissa, & palam facta voluntate recuperandi eas fecerit, an vero non, ita; Sed quia aliter, atque alter Rescriptum *Alexandri* exponi, aut potius everti solet, placuit Nostris distinguere inter magnas, & parvas impensas, & in parvis locum habere vellet, quod *Imperator* dixerat non item in magnis; nam hæc semper animo repetendi, & deducendi maritum

tum fecisse existimant *Cum Garzia de expensis c.8.n.41. Asinio in repetitione l. si mulier §. utique D. de relig. & sumpt. fun. Vivio dec.197. nu.19. Cancerio Variarum tom.2.cap.7.nu.18. & Alvaro de coniectnrata mente defuncti lib. 2.cap.1.§.2.n.16.* etiam si hoc testatò non dixerit, vel de hac re nec protestatus fuerit *Pelliccioains ad consuet. Avers.c.3.n.513. Gaspar Tesaurus quæst. foren. lib.2. quæst.52.* quibus assentiri videntur *Garzia*, ubi supra, *Fontanella de pact. nup. tom.col.2.glos.2.par.2.nu.20. Molfes. ad consuet. Neap. par.5.quæst.27. n.20.* alijque, quorum sententia communior; Licet non desint qui contrà sentiant, & adhùc protestationem, aut actum aliquem, ex quo præsumptio donationis excludatur, exquirunt, post *Bart. in dict. l. quod in uxorem Cæpolam de dote §.61. Surdum de alimen. q.31. Mascardus de probat. concl.77. Cacheranum decis.132.nu.19. & Medices de sepulturis p.2. q.2.num.5.* sed & sunt qui mediam sententiã tueantur distinguentes, an eidem mulieri, an vero hæredibus, vel dotanti restitutio dotis fiat, nam si ipsi mulieri, quoniam illa, ex coniugali affectu orta ad sui beneficiũ præsumptione, donationem expensarum factarum præfefert, nisi de expressa mariti contraria voluntate constet repetitio non dabitur: at secus erit si alij dotem reposcant; nã adversus hos, & si ipsis invitis expensæ in infirmitate mulieris factæ proponerentur, præsumptio, & repetitio erit: Vide *Cancerium lib.2.c.16. n.21. Grammaticũ decis.123. n.27. Surdum dec.153.n.14. & Rolandum de lucro dotis §.38.n.12.*

15 Cæterum si legatum aliquod uxor in beneficium viri fecisset, animo compensandi cum expensis ab eodem viro erogatis, factum hujusmodi legatum nostri volunt, Qui, & addunt, quod existente pacto, aut vigente lege, vel consuetudine, ut apud Neapolitanos viget, ne mulier ultrà certam partem dotis disponat, ab hac parte solutio expensarum facienda erit, ita *Molfes. ad consuet. par. 3. q.1.n.55. tit. de success. ex testam. Velascus in praxi c.19.n.53.* ea nimirũ ratione, quod pars
16 illa dotis, quam remanere pactum aut cõsuetudo voluit agnatis, nõ nisi in subsidium minui possit, ut de bonis fideicommisso subjectis diximus cum *Fontanella*, ubi supra *n.22.*

17 Et vice versa, si maritus testando, dotes, & propter nuptias donationem, seù antephatũ, (ut Nostri loquuntur) se legare uxori suæ dixerit, eo donasse quoque eidem, expensas erogatas consentiunt *Afflict. decis.59. Goffredus cons.45. Carocius de locat. par.1. tit. de expensis n.38.*

18 Denique si quis in hac materia scire velit quænam sint expensæ, quæ inter funerarias annumerentur adeat *Reg. Consiliar. Hodierna in addit. ad Surd. dec.112.* siquidem longè diversum tractatum ab expensis funerum, & infirmitatis illæ habent, quæ in alenda uxore maritus fecit, harum enim absolutè repetitionem negant *Gaspar Tesaur. q.52. lib.2. & Surdus de alimen. q.32.* quamvis aliud placuisse videatur *Mascardo d. concl.77.n.5.*



CAPUT III.
Explicatur l. Mævius 41. §.1. D. de leg. 1.

SUMMARIUM.

1 *Non satis clara est explicatio hujus §. 1. l. Mævius.*
2 *Fabri sententia.*
3 *Reicitur.*
4 *Explicantur Jaboleni verba.*
5 *Reicitur quoque Bart. & aliorum opinio.*
6 *Quid ergo dicendum?*
7 *De sententia tex. in l. ex asse 18. D. ad trebell. & retinetur recepta lectio.*
8 *Item in l. cum ab una 53. D. de leg. 2.*
9 *Sententia Repetentium post rationem in hac l. Mævius.*
10 *Sententia Pragmaticorum.*
11 *Legatum dotis, & si expensæ factæ in ea deducantur, inutile tamen non est.*
12 *Animus compensandi in marito legante uxori, non præsumitur.*
13 *An legatum compensandum cum usuris debitis pro dote non restituta? sunt qui affirmant.*
14 *Sed sunt qui negant.*
15 *An compensatio excludatur à donatione propter nuptias.*
16 *An excludatur à lucris.*
17 *Et an a bonorum paraphernalium debito.*

1 NOn satis apertam habere sententiam §.1. *l. mævius D. de legatis* 2. contra quam *Faber* scribit hoc capite, vel ex eo cõstat, quod nõ solũ *Accursius*, sed & vir acutissimus *Antonius Goveanus* in ea introspicienda excutijt. Quamquam si revera aperta, & dilucida foret, eò turpius fuisset *Fabri* lapsus, qui aliorum errores videns, majores, & ipse admittit.

2 Scribit igitur *Faber* nequaquam legata, ipsorumque formulas, sed testatorum personas, l. C. in hoc textu attendisse; ideoque si vir uxori suæ legasset, *quicquid ad eum dotis nomine pervenit*, hujusmodi legatum impensarum deductionem non excludere fuisse responsum; ea nimirum ratione, quoniam testator ideò dotem legasse creditur; quia eo defuncto, uxorem judicio de dote acturam adversus hæredes à se scriptos sibi persuasit, ideóque illis consultum volens, & ad eorum quie-

quietem attēdens, quiequid illo iudicio mulier consecutura fuisset eidem legasse, atque in hæredum favorem interpretandum legatum. Quod si is qui testamentum faciebat nō maritus, sed alius quilibet foret, qui extraneæ mulieri, aut qui uxori hæredis sui legasset *quicquid dotis nomine pervenit*, non erunt impensæ factæ deducendæ; quia nulla admitti potest coniectura, ex qua hæredi potiùs, quàm legatariæ favere testatorem voluisse dicamus.

3 Sed adversus hæc illud primò facit, quod, admissa *Fabriana* explicatione sequeretur melioris conditionis, atq; in testantis prædilectione digniorem esse extraneam mulierē, al teriusque uxorem, quàm propriam. Contrà id, quod, & ratio, & usus communis nos docet. Secundò sequeretur suspiciosè admodū, nè dicam malignè mariti liberalitatem nos interpretari, dum credendū volumus ideò eū legasse, quoniam timebat litem moturā uxorem, & de dote in judicio adversus hæredes acturam. Cum potiùs motum, eum ad-

4 legandum maritali benevolentia, & conjugali charitate dicendum: Nec suspicionem ingessit Iabolenus, dum dixit: *Id videtur legare, quod in judicio dotis mulier consecuta fuerit*, quoniam his verbis non tàm ad defuncti voluntatem, quàm ad id, quod legati verba importabant respexit I.C. & judicij de dote, ideò mentionem fecit; (non quia actutam eo mulierem credebat,) quia voluit ita loquutus exprimere quantum illud esset, quod legato continebatur, ita circumscribens dotem ipsam deductis expensis; nam hæc est, quam in judicio consequi mulieres possunt.

5 Sed si non vera *Fabri* distinctio inter personas testatorum, non ideo placere potest illa *Bartoli*, *Batrigarij*, & sequacium inter formulas verborum, quibus usus in legando testator fuerit; quamquam enim ea vera in se sit, quoniàm testator, legando dotem, *quæ* (*ad eum pervenisset*) de præterito, videtur illam dotem sive illam dotis quantitatem designasse, quæ à principio cum matrimonium contraxit ad eum pervenit, atque ità integram illam non adhùc expensis diminutam: at legando dotem (*quæ pervenit*) ad præsens tēpus respiciens dotem non jam integram, sed expensis necessarijs diminutam demonstrare videtur: adhùc tamèn hujusmodi distinctio non satisfacit, quoniam non benè ad *Jabolenī* responsum adaptatur, siquidem tam in specie, quæ proponitur, *in princ.* §. 1. quam in vers. *non item* eandem verborum formulam usurpatam legimus (*qui quod dotis nomine pervenit*.)

6 Quod si ità est, & nec admittenda *Fabri* coniectura videtur, nèc *Goveani* emendatio, aut explicatio *Bartoli* recipi potest meliora invenire opus, erit quod quo usque fiat interim ego persisto in ea sententia, quam libris *suspicionum* sectatus sum, & puto non inter personas testatorum, aut formulas verborum, sed inter res ipsas legatas distinguendum fore; nàm si dotem testator legaverit, sivè propriæ, sivè alienæ uxori leget, dotem ipsam legare intelligimus, & dotē eo modo, quo tūc extat, expensis scil. diminutam: at si non dotem ipsam, sed tantam quantitatem quanta ad eum doris nomine pervenit, legaverit; tunc quia dotis mentio non ad aliud, quàm ad designandū, & liquidandum quoquo modo quantitatem apposita videtur non ad substantiam legati taxandam pinguius legatum interpretabimur, & nullam impensarum faciemus deductionem.

7 Sed remanet, ut duo alia iuris capita, quæ hic exagitat *Faber* suæ lectioni ad feramus. Primū est in *l. ex asse* 28 *D. ad Trebell.* in cujus fine legendum ult. (*an fructus partis tua restituere tibi debeam*) quando ibi scriptum, *an fructus partis sua*, sed hanc emendationem qoamquam priùs *Haloandro*, & *Cujacio* posteà, & *Gothofredo* placuisse videamus necessariam tamen non esse: vel ex eo convincitur, quod cum de hæreditatis parte pendente adhuc conditione sermo sit, & de hærede ex asse instituto. Sua, pars illa, quæ ejus est dicenda erit, non tua; quando sermo dirigitur illi, cui hæreditas erit quidem restituenda, sed non adhùc fuit restituta. Etenim conditione pendente hæreditas, ejusve partes hæredis sunt non fideicommissarij unde rectissimè se habere receptam lectionem constat, quod, & convincunt verba sequentia (*quia nèc ab hærede præstarentur fructus*) nam ex his intelligimus partem illam, ex cujus fructibus utique satisfactū fuisset: adhùc hæredis fuisse; Cæterum fructus ideo non satisfacere; quia coactè heres adivit adeoque omni se comodo privavit.

8 Secundum Caput est in *l. cum ab uno* 53. *D. de leg.* 2. ubi clausulam illā *compensandi animo* à *Trib.* adiectam contendit *Faber*, sed hoc ei ne credamus plura faciunt; & primo quod cum *Terentius Clemens* ostendere voluerit de viro propriæ uxori legante dotem, se loqui, omninò sic scribere oportebat; alioquin si scripsisset, ut *Faber* ult. *cum ab uno hærede mulieri pro dote legatum esset* ambiguus remāsisset sensus, & dubitari potuisset, an de marito, qui legaverat uxori propriæ an vero de testatore alterius uxori legatum faciente sermo fieret. Secundò quia, & si verum sit, quod ante Justinianos viguerit edictū de alterutro, de quo mentio est in *l. ultima Codicis Theodosiani sub tit. de testamen.* & quo cavebatur uxorem, cui legatum maritus fecisse, aut eo legato sibi facto, aut dote contentam esse

B de-

debere. Sitq; verum etiam, quod edictũ illud tandem *Just.* sustulit in sua *l. ultima §. primũ itaque* vers. *sciendum C. de rei uxoria actione*, attamen verum quoque est mos fuisse quibusdam testatoribus, in legando exprimere, se ideò legare, ut cum dote legatum compensaretur idve expressis verbis proferre: sive ideò ut cautius agerent: sive quia dum Edictum voluntatis relinquebat quæstionem, ideoque ut plurimum mulieres contendebant, nunquam maritum animum compensandi habuisse (ut non habuit ille, de quo *Papin. in l. cum Pater 77. §. qui dotale D. de leg. 2.*) videbatur optimè factum, si apertis verbis voluntatem suam testator exprimeret, quod in ea Pauli specie dum dignoscimus, de qua in *l. qui dotem 46. D. sol. matrim.* in qua testator apertè dixit legare se uxori. *ita tamen ne dotem ab hæredibus peteret*) non ergo dicendum à *Tribon.* interpolatum *Clementis* responsum in hac *l. cum ab uno* 53. sicut nec dicimus interpolatum illud *Pauli* in citata *l. qui dotem* 56.

9 Sed omisso *Fabro* tantisper investigemus quid Repetẽtes in hac re de qua loquimur sẽtiant, & quidem sequutos *Bartol. & Baldum* inveniemus tradidisse eos, quod si simplicitèr dotem maritus uxori legaverit, impensas, ab ea deducent hæredes, sin vero quicquid accepit non deducent; sed integram dotem præstabunt: tamen *Pragmat.* alia distinctione

10 uti voluere ideoque inspiciendum dixere an maritus verbis generalibus usus legasset, & ex. gr. dixisset *dotem lego* (Nam in hoc casu impensarum deductionem concedendam hæredi autumant) an vero verbis specialibus, quæ quantitatẽ dotis expressissent, foret usus, dicendo ex. gr. mille, quæ in dotem accepi uxori, do, lego, & tunc integrã dotem præstandam nulla facta deductione, quasi itã maritum velle quantitatem exprimendo significasset, ità apud *Afflict. dec.* 359 ibique *Ursillum*, & apud *Loffredum cons.* 43. *Tepatam* etiã *sentent. lib. 2. tit. de dote prælegata* notatum legimus.

11 Porrò priori casu quanvis expensas deducendas fatcantur Nostri, non ideò inutile legatum mulieri factum remanere, contendunt; nam & aliquas utilitates illud adhùc afferre, juxtà terminos *l. 1. D. de dote prælegata*, & *§. sed si uxori instit. de legatis* exclamant; inter quas illa est, quod si in pecunia dos consisteret non cogeretur annum mulierem expectare, sed statim vigore legati peret dotem, & obtinebit *Afflict. in cit. decis.* 359. *in fine.*

12 Insuper & id, quod diximus de sublato hodie edicto, de alterutro scientes Nostri, ex citata *l. unica §. sciendum C. de rei uxoria act.* & ex *Campegio de dote par. 5. quæst. 8. num. 4.* Concludunt, nunquàm animum compensandi præsumendum esse in marito uxori legante, nisi illud apertis verbis expresserit, ideòque & legatum, & dotem deberi ex *Afflicto decis.* 44. magis communitèr tradunt, licèt nonnulli circa hanc communem traditionem plura adnotent, & varij sint.

13 Sed, & illud controverti solet, an idem, quod de dote diximus, dicendum quoque sit de ipsius fructibus, aut usuris, quæ interim currunt quousq; dos restituatur? & sunt qui hæredes mariti præstare quidem legatum volunt; at non fructus, aut usuras dotis; sed has cum illo compensandas, & allegant *Capicium in addit. ad Neapodanum* (famigeratum illum Neapolitanarum consuetudinum Glossatorem) *in Consuet.* incipiens: *hæredes mariti*, allegant quoque *Caputum ad consuet. si moriatur par. 2. §. 11. num. 49. & Regentem Rovitum cons.* 25. (ad quem *Altomarus*, & rectè plura de debito necessario, & voluntario, & de compensatione eum legato facienda, nec ne notat) item allegãt *Molfes. ad consuet. to. 1. par. 6. quæst. 11 & 2. tom. in addit. num. 39. disp. 6. quæst. 11. & Regentem Merlinum cent. 2. cap. 40. num. 4.*

14 Contrà sunt qui hujusmodi compensationem excludont, sicut à dote, ita & à fructibus ejus eum *Apostilla* quadam sive marginali *Glossemate* ad eamdem *consuet.* cum *Aloysio de Leo ad l. cum quidam num. 15. C. de Jure dotium*, alijsque apud *Torum in compendio dec. par. 1. in ver. legatum uxori*, & in *ver. legatum alimentorum.*

15 Ulteriùs in controversiam ponunt *Pragm.* utrum hæc compensatio, quæ à dote excluditur, excludatur quoque à donatione propter nuptias, quam viro mortuo vidua superstes lucratur? sed, magis cõmuniter in hujusmodi cõtroversia, affirmativa sententia recepta est cum *Ursillo ad Afflictum citata decis. 44. nu. 19. & Regens Galeota contr. cap. 29. num. 26.* licet quidam reclament. Cum quibus *Molfes. ad consuet. sub tit. de Jure dotiũ par. 6. quæst. 11. num. 9.* adducantque paritatem, de quarta uxori pauperi debita, cum qua legatum à defuncto factum compensari constat, ex *Autent. præsenti C. unde vir, & uxor*, & notatis à *Barbosa in l. si cum dotem §. si Pater num. 2. D. sol. matrim. Grat. discept. forensium cap. 120. num. 39. Mangil. de imput. quæst. 176. num. 5.* alijsque sequutis ab *Arias de Mesa variarum 9. cap. 14. & Reg. Merlin. cent. 2. cap. 44. num. 9.*

16 Tertio, an compensatio ista excludatur quoque ab illis lucris, quæ vidua (prædefuncto marito) secundum quorumdam locorum consuetudines, aut statuta lucrari solet, adhùc in ancipiti est; nãm sunt qui compensationem reijciant, sũt qui admittant, ut videre est apud *Cangerium variarum 1. cap. 9. num. 4. Escobar. de ratiocinijs cap. 32. num. 39.*

La-

Laratha conf. 55. *Covarr. in cap. officij num.* 2. *de testamentis Castille contr.* 1. *cap.* 46. *num.* 9. & alijs, de quibus *Galeota*, *Merlinus*, & *Arias de Mesa* locis supraadductis. Id, quod ubi viget statutum, ut maritus certam dotis partem uxore mortua lucretur in legato eidem marito ab uxore facto antiquitùs disputarunt *Bart. & Iacobus de Arena* ad dict. *l. si cum dotem*, *Iason. & Salyc. ad citatam Auth. praeterea*, ut videre est apud *Barbosam* ubi supra *num.* 7. videndi quoque erunt ad materiam *Campegius de dote p.* 5. *q.* 6. *Menoch. praesumpt.* 4. *cap.* 109. *n.* 35. *Mantica de coniect. lib.* 10. *tit.* 2. *n.* 7. qui omnes affirmant compẽsationem admittendam esse videndus, & *Bald. in d. auth. praeterea n.* 7. & *cons.* 58. *lib.* 2. *Fridericus de Solis in tract. contr. de lucro dotis q.* 66. alijque adducti, qui in oppositum compensationem denegant.

17 Deinque circa bona paraphernalia, quos maritus consumpsit, dubitatum est, an illacum legato facto uxori compensentur, & affirmant *Afflictus dec.* citata *Peregr. de fideicom. art.* 11. *n.* 32. *Reland. Cavagnola dec. Mediol.* 24. *n.* 9. & *Menoch. cons.* 56. *n.* 19. Negant verò post alios *Arias de Mesa d. cap.* 9. *n.* 16 in quorum favorem videtur facere, quod si vice versa in beneficium mariti uxor legasset, non ideò legatum videretur factum animo compẽsandi eum fructibus dotis ab ipso marito non exactis, ut fatentur *Menoch. praesumpt.* 4. *cap.* 110. Sed hæc satis; nàm reliqua adnotabimus *lib.* 4. *cap.* 9.



CAPUT IV.

De explicatione l. si genero 26. de iure dotium, & similium.

SUMMARIUM.

1 *Regula est quod alteri per alterum actio non quaeratur.*
2 *Limitatur ratione ad fectionis personarum.*
3 *Donellus contra insurgit.*
4 *Donelli sententiam Faber tanquam suam conjecturam proponit.*
5 *Reiicitur prima ratio.*
6 *Confutatur excogitata Fabri responsio ad l. pater* 7. *C. de pactis convent.*
7 *Explicatio l. quocumque D. de verb. & l. si quis ita* 9. *D. de pactis dotalibus.*
8 *Ejus sententia etiam iuxta Fabri suppositum non obstat communi.*
9 *Explicatio l. publia mevia* 26. *D. depositi.*
10 *Intellectus ad l. cum quis* 37. §. *codicillis D. de leg.* 3.
11 *Adducitur, & expenditur tex. in l. Gajus D. sol. Matr.*
12 *Prag. & interpretes regulam admittunt, quod alter alteri non possit pacisci, & stipulari.*
13 *Nec pater potest dotem reddi emancipato stipulari.*
14 *Quid in donationibus factis filijs nascituris.*
15 *Quid in donationibus propter nuptias.*
16 *Pragmaticorum effugio opus non est.*
17 *Pragmaticorum cautela.*

1 IVris regula est quod alteri per alterum ex pacto, aut stipulatione actio non quæritur, ut in *l. quicunque D. de act. & oblig. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri D. de verbor.* & concor-
2 dantibus. Hanc autem regulam nedum interpretes, etiam melioris notæ, sed ipsi *J.C.* & *Imperatores* limitandam voluere, si affectio personarum, aut causæ favor adeò urgeant, ut vel ex alterius stipulatione, aut pacto actionẽ extorqueat: excpla extant in *l. Gajus* 45. *D. sol. matr. in l. pater* 7. *C. de pactis in l. publia* 26. *D. deposit.* & in similibus juribus.

3 Sed plerisque adeò regula in mentem resedit, ut limitationes omnes reijciant. Hos citat *Hieron. Treutlerus vol.* 2. *disput.* 7. *Thesi.* 7. *lit. C.* & *disp.* 27. *Thesi* 2. *lit. E.* & inter primos, eorum unus est *Vgo Donellus in comment. ad l.* 38. §. 17. *D. de verbor. ob.* Qui ibidem sub *num.* 19. contendit, excepta dotis causa nunquam personarum affectioni adeò tribuendũ, ut propter eam actio alteri per alterum quæri possit, quod & clamat, *Osualdus in notatis Comment.* 11. *cap.* 17.

4 Donelli itaque sententiam *Faber*. hic, ejusque fundamenta tanquam propriam conjecturam proponit; sed certè quæ ab utroque afferuntur, non tanti sunt, ut ab apertis I. C. responsis nos recedere debeamus.

5 Primò, quod ajunt plerisque juris nostri locis scriptum ex unius pacto, aut stipulatione alteri actionem quæri non posse summo jure verissimum esse, & de actione directa ultrò fatemur: Sed non ideò sequitur nec actionẽ utilem in quibusdam casibus dari posse, quando *J.C.* & *Imperatores* expressis verbis dandã responderunt, & rescripserunt.

6 Secundò quòd *Faber* hic respondet sub *num.* 5. ad rescriptum in *l. Pater* 7. *C. de pactis conventis*, nempè *Imperatorem* ibidem tractasse de nepotibus, & de filio in eius potestate retentis ineptum prorsùs, & insulsum est, quandoquidem si ita foret, stante regula *l. Dominus* 39. *D. de verb. oblig.* ineptè apud *Imp.* fuisset quæsitum, an Avus utilitèr nepotibus suis, & in ejus potestate existentibus esset stipulatus? ineptissimè quoque Imperatores ad utilem actionem recurrissent, eamque accõmodassent illis, quibus, vel summo jure competebat directa. Sanè vel ipsum *Fabrum* pu-

duit poſteà hujuſmodi inepriam ſcripſiſſe, ut fatetur ingenuè *lib.19.conieſt.cap.10.n.9.*

7 Tertio, nec ad rem faciunt *l.quodcunque 45.§.ſi ita D. de verb.l.ſi quis ita 9. D. de pactis dotalibus*, quibus ab utitur noſter Auctor in *d.n.5.* ſiquidem in citatis juribus non de filijs in poteſtate ſiſtentibus tractabatur, ſed de extraneis, quod ità ad oculum pono.

In l.quodcunque 45. ommiſſo quod *J. C.* de filia loquitur, cujus longè alia ratio eſt non de filio, adhùc quia ſcribit, *licet ei ideſt patri hæres non extitiſſet*, non obſcurè innuit, ſe de emancipata tractare, non de ea, quæ foret in poteſtate retenta; de ſuis enim in poteſtate exiſtentibus nunquàm ſuſpicantur I. C. aut credunt, hæredes patri non futuros, quando vel ſi ſe abſtinebunt, hæredes adhùc futuri sũt: igitur *d.l.quodcunque* ad ſpeciem *l. Pater* non pertinet.

Et in *l.ſi quis ita* 9. diſertè *Pomponius* filiũ ab hærede ſeparat, & heredem, non filium ipſum, ſed quendam alium eumque extraneum ſupponit; nàm, cum hæredem nominat, nequaquam filium illum appellat, aut fratrem: ſed ſimpliciter hæredem ita innuens non filium, aut fratrem eum qui hæredem, & proinde ex ſupraposita ratione concludendum eſt ibidem quoque de filio emancipato, & forſàn exhæredato tractari; jam quod non ipſe

8 ſed alius hæres. Cæterùm, & ſi quàm maximè de filijs in poteſtate retentis in citatis juribus ageretur adhùc ex eo quod ibidē de actione directa, & an ea illis per patrem fuerit adquiſita tractatur; non deducitur, quod alibi de actione utili filijs emancipatis, aut extraneis, ſed ſanguine conjunctis tractari non poſſit, eamque his concedendam affirmari.

9 Quarto, fideicommiſſum illud quod *Faber* eſſe jactat ſub *n.6.in l.publia mavia 26. D. depoſiti* ubi *Paulus* apertè pro comuni ſententia reſpondetur planè commentitium eſt nec in quo ſe fundet habet; verba enim *J. C.* ſunt. *Publia mavia cum proficiſceretur ad maritum ſuum, arcam clauſam cum veſte, & inſtrumẽtis commendavit Gaja Seja, & dixit ei cum ſalva ſanave venero, reſtituas mihi. Certè ſi aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quẽ ex alio marito ſuſcepi. Defuncta ea inteſtata, deſidero, res commendata cui reſtitui debeant filio, an marito? Paulus reſpondet filio.* Et quid quæſo in his verbis eſt, quod fideicommiſſum importet? omnia ſunt de depoſito, & de reſtitutione illius: Reſponſum quoque ſub Rubrica *depoſiti eſt*, non ſub Rubricis de legatis, aut teſtamentis. Undè ergo fideicõmiſſum eliciemus? an ex eo quod Publia dixit: *Si aliquid humanum mihi contigerit, filio meo reſtituas*; at ſi ità eſt, nunquam erit depoſitum, niſi ea lege fiat, ut ſoli depoſitanti ipſi reſtituatur, non alij, & reſtituatur depoſitanti viventi, & tamen deponi, ut plurimum res apud alium ſolent adiecta hac, aut alia conditione, & præfixo mortis, aut alio tempore, ſub quibus alteri, quàm depoſitanti ille reſtituãtur.

His adde, quod ſi ut *Faber* exiſtimat de fideicommiſſo ageretur in ſpecie, legis *publiæ*, vix, at ne vix quidem rationem ullam dubitandi habuiſſent, qui *Paulum* conſulebant: vigebat nanque eo tempore *Divi Pij* reſcriptum de quo in *l.ſi pecunia 27.D. de leg. 1.* ex quo, fideicommiſſum relinqui potuiſſe à depoſitaria; & proinde filijs ab eadem præſtandum fore indubitatum efficiebatur.

10 Quarto in *l.cũ quis 37.§.codicillis D.de leg. 3* vel ex eo, quod *Scevola* quærit dumtaxat, an ex ſola teſtatoris ſcriptura depoſitũ probati poſſit, ut ſcribit *Faber.n.8.* concludendũ fuiſſet in ea ſpecie tractatum an ex depoſito à patruo facto utilis actio, quæſita nepoti dicatur? ponendum autem, & hunc nepotẽ patruo hæredem fuiſſe, nec ratio convincit, nec Scevola probat; & ſanè cum tractetur de nepote, ſi is hæres fuiſſet patruo, aut tamquã hæres petijſſet I. C. illud in citato reſponſo propoſuiſſet, quod cũ nõ expreſſerit concludendum omninò eſt, aut non fuiſſe hæredem, aut ad rem in propoſita quæſtione, non multum feciſſe, hæres fuerit, nec ne patruo nepos, quando ex pacto patrui utilis actio ei fuerat quæſita.

Cæterùm illud quoque erit obſervandum in hujuſmodi *Scevolæ* reſponſo non tàm dubitatum fuiſſe, an utilis actio depoſiti competeret Maximo ob denaria quinquies millies à teſtatore ea lege accepta à Iulio Maximo Patruo, ut eidẽ Maximo viro facto, vel adulto reddat cum uſuris. Neque dubitatum de legati Validitate, ut credit *Faber* quando, & de enixa defuncti voluntate conſtabat ad tex. in *l.cum pater 77. §.filius 23.D.de leg.2.* & utile illud fuerat, dum (& ſi nulla ſcriptura apparente depoſitum apud ſe factum confitebatur.) Sed dubitatum fuiſſe, & præcipuè an deberentur uſuræ, atque ità dubitationem ortam uſurarũ cauſa, hinc an illæ deberẽtur una cum ſorte, dum nulla probatio exiſtebat de earum promiſſione, & an ad petendas eas verba dumtaxat codicillorum ſufficerẽt quæſtio erat, & ad hanc reſpondet. Scevola, & validitatem promiſſionis ex jus jurando adhibito, ut enixe teſtator affirmaverat in ſcriptura, deducit, ibi *Reſpondi ex his, quæ proponerentur ſcil. cum jus jurandum dediſſe ſuper hoc teſtator affirmavit, credendum eſt ſcripturæ.*

11 Denique in *l.Gajus 45.D.ſol.matr.* adeò rotundis, & apertis verbis ratio illa proponitur, qua recepta ſententia fulcitur, *maximè propter affectionem perſonarum*, ut nullo modo tergiverſari poſſit, & ridiculum ſit dicere,

po-

positam rationem illam ex abundanti, quando ex ea potissimum tota decisio quæstionis pendet. Reliqua dicemus *lib.17.cap.19.*

12 Nunc autem aliqua ex Interpretibus, & *Pragmaticis* adnotemus. Nam hi regulam illam, quòd alteri nemo stipulari, aut pacisci possit ex *l. stipulatio ista §. alteri D. de verbor. sign. & ex §. si quis instit. de inutil. stipul.* sæpè sæpiùs jactant, & ex commentarijs ad citata jura, Itemad *l. si genero 25. C. de jure dotium*

13 explicatam volunt; eaque etiam factum dicunt, ut pater nec filio emancipato, sicut nec extraneo dotem reddi stipulari possit, ut *Baldus, & Salicetus* latiùs disserunt *in l. multum interest C. si quis alteri, vel sibi.*

14 Porrò sæpè sæpiùs citata regula utuntur in disquirendis donationibus, & similibus, largitionibus, quæ in beneficium filiorum natorum, aut nasciturorum passim fieri solent, cum matrimonium contrahitur, & quanquã parentes pro filijs acceptent, aut stipulentur aduc his non quæsitam donationem, nisi demùm parentibus hæredes fuerint, sunt qui contendant cum *Peregr. de fideicom.* alijsque, & cum *Gabrielio commun. concl. lib.3. tit. de verb. oblig. concl.1. num.7.* Id, quod adeò menti in-

15 sedit melioribus ex nostris, ut cum in terminis *Neapol. consuet.* qua cautum est, ut filij in donatione propter nuptias sive antephato, ut loquuntur, matri constituto, tanquam patris hæredes succedant, ut dicitur in consuetudine *quartam, autem* ubi *Glossator Neapod. & Molfes. in coment. sub tit. de jure quarto*, & docent unanimiter omnes cum *Provenzal. in tit. de success. observ.13. & de Franchis decis. 106. dec.182.* & ad eum adentibus *Regen. de Marin. quotid. lib.2. cap.23.* alijsque apud *Bottilierum* in tractatu *de success. ab intestato Teore.14.* Cum inquam in his terminis de constituta donatione propter nuptias speciali pacto cautum fuerit, ut filij succedant in antephato prædicto ex propria persona, & non tanquam hæredes non obstante allata consuetudine iusta cautelam traditam à *Reg. de Ponte in tract. de pot. Proreg. tit. de success. mul. & tit.25.* & apud *Marin. & Molfes.* citatis locis. Adhùc non parum dubij facit, apud nostros quomodo hujusmodi pacto juvari filij possint, & qua actione ex propria persona ad donationem propter nuptias Matri factam venire obstante nimium regula su-

16 pra allegata, undè difficultati succumbens Magnus alioquin Pragmaticus *Reg. Cap. Latro dec.63.* eam cum suo additionatore *Gizzio sub n.13.* effugere potius quam infringere conatur, scribentes obstare quidem tegulam; sed alia de causa filijs pactum juvare, quoniam scilicet illo pacto contrahentes ad ius commune reducuntur, per quod filij succedunt in donatione propter nuptias, licet hæredes patri non fuerint *Authen. heres C. de secundis nuptijs*, quod tamen effugium an tutum sit videant alij; nam ego eo opus esse non credere m, quando ex his, quæ supra de personarũ affectione disputata sunt, & ex responsis extantibus in *in l. Gajus, & l. Publia*, alijsque juribus satis benè concludi poterit hujusmodi pacta à matribus facta, & acceptata posse, & liberis juvare, illisque actum utilem quærere dixi à matribus; nàm in patribus, jam est receptum apud omnes absque ulla controversia, quod possint filijs suis stipulari, & pacisci *Covar. resol.1 cap.14. n.2. Cacheran. dec.85. Fontanella de pactis nupt. col.4. Glos.9. par.1. nu.2. Cancer. variar.1. cap.8. de donat. nu.62. Capyc. Latro dec.175. n.31.* & alij passim, sed ut difficultates suprapositæ evitentur etiam cum mulieribus fit donatio receptum est, ut non matres pro filijs, sed Notarij, & Tabelliones tanquàm publicæ personæ pro illis absentibus, aut aduc non natis acceptent, & stipulentur.



CAPVT V.

De lectione l. cum reus 14. D. de fideiussoribus.

SVMMARIVM.

1 *Si fidejussor succedat principali, vel è contra, extinguitur fidejussoris obligatio.*
2 *Quæstio apud Iulianum in l. si reus.*
3 *Verba textus.*
4 *Sententia Fabri.*
5 *Reicitur, & firmatur recepta lectio.*
6 *Reicienda emendatio quoniam inepta.*
7 *Quoniam injustum facit J.C.*
8 *Quoniam facit cum Africano pugnantem.*
9 *Sententia hujus l. cum reus.*
10 *Repetentium traditio.*
11 *Credunt reum posse uti exceptione sibi competente non obstante, quod successerit fidejussori.*
12 *Si successio sit ex parte, ex parte fit confusio.*
13 *Non fit confusio si adest inventarium.*
14 *Quid dicitur de pignore dato, & secundo fidejussore.*

1 Nedùm certum in jure, sed & vulgatum est, quod si fidejussori Reus principalis hæres extiterit, aut contra Reo principali fidejussor. Obligatio fidejussoria extinguitur, & confunditur juxtà *Sabini*, sententiam, in *l. si duo 33. §. fin. D. de solut.* quam constat adversùs *Proculum* obtinuisse *l. cum quis 38. §. ult.*

ult. D.eod.tit. de folut.l.hares à debitore 21.§.*si*
hic servus D.de fideiuß.

2 Hinc fit locus quæstioni apud *Julianum in*
l.eum reus D.de fidejuß. quid dicendum si fi-
dejussori exceptio aliqua specialis competijs-
set juxta terminos *l.fidejuß,* 23.*D.de pactis*, an
ex persona defuncti sui hæres reus possit illa
uti? Et responsum est: Nequaquam quoniam
cum reus ipse sit, & ptincipalis debitor, im-
probè facit, si exceptione fidejussori suo com-
petente uti velit; ideòque doli, vel in factum
replicatione submovebitur, *cum reus* (ait tex.)
3 *promittendi fidejussori hæres extitit, fidejussoria*
obligatio perimitur, quid ergo est? tanquam à
reo debitum petetur, & si exceptione fidejussori
competente usus fuerit in factum replicatio da-
ri debebit, aut doli mali proderit.

4 In his autem verbis *Faber* in hoc capite re-
ceptam lectionem emendandam contendit,
& adiecta negatione legendum, & si excep-
tione fidejussori non competente usus fuerit,
ut sensus sit dolosè facere reum principalem
hæredem, qui exceptione fidejussori non cō-
petente uti velit adversus creditorem.

5 At primo quicquid *Faber* conjectetur de
veritate receptę lectionis in hoc responso du-
bitandum non est, etenim firmant illam ne-
dum libri omnes tum Florentini, tùm vulga-
ti, tùm manuscripti, sed & Græcorum *Basili-*
ca, in quibus *lib.26.cap.14. ex Caroli Anna*
Fabroti translatione legimus *cum reus fidejus-*
sori hæres extitit obligatio fidejussoria perimi-
tur, & tanquam à reo debitum petetur, & si ex-
ceptione fidejussori competente usus fuerit doli,
vel in factum replicatione submovebitur.

6 Deindè, & si quàm maximè de lectione
dubitaremus adhuc emendatio Fabriana reij-
cienda foret, nam omisso quod parùm ido-
neè sic locutus fuisset I.C. (*exceptione fidejus-*
sori non competente,) quando dicere debuis-
set *Exceptione sibi, uti reo principali competē-*
te; nàm non ideò quod dicimus exceptionem
fidejussori non competere: affirmamus quo-
que exceptionem eamdem competere reo, cū
posset neutri competere, omisso inquam
7 hoc adhuc admissa negatione addita à *Fabro*
injustus *Julianus* redderetur, qui doli excep-
tionem obstaturam vellet ex eo, quod fide-
jussoria obligatio extincta, & confusa reman-
sit; nàm in quo dolum committit conventus,
qui utitur exceptione sibi tanquàm reo prin-
cipali competente, an quia fidejussoris hæres
est, uti ea non debet? sed amplius de fidejus-
sore defuncto, & fidejussoria obligatione
jam extincta tractandum non erat.

8 Rursùs si *Fabri* emēdationem reciperemus,
competijsse in proposita specie exceptionem
aliquam reo, quæ fidejussori non competeret:
oporteret affirmare, ut *Faber* affirmat *num.* 3.
ex l. nisi hoc actum 22.*D.de pactis*; atqui si hoc
affirmaremus, falsum esset quod I.C. Respon-
dit fidejussoriam obligationē extingui, & cō-
fundi, siquidem cum reus aliqua exceptione
turus est, & si fidejußori succedat, atta-
men fidejussoria obligario manebit, ut *Afri-*
canus Respondet *in l.hæres à debitore D. de*
fidejussoribus, igitur emendatio faciet, ut si-
bi ipsi, & alijs I.C. adversetur.

9 Dicendum igitur erit pertinere hunc Iulia-
ni responsum ad exceptionem fidejussori cō-
petentem, qua reus tanquam hæres illius uti
volebat causarus se duplicem personam re-
præsentare, suam scilicet, & defuncti, ideò-
que, & si ex propria deberet, ex defuncti ta-
men persona exceptionem habere. At hoc
admodum vafrè, & callidè fieti (animadver-
tens I.C.) ab eo, qui revera, & ex propria
persona debebat per doli replicationem, aut
in factum removendum conclusit.

10 Sed jam quod *Fabri* emendationem reje-
cimus; admittat, qui volet Repetentium tradi-
tionem, qui tùnc reum replicatione doli sub-
movendum dicunt, Cum uti fidejussor con-
ventus exceptionem fidejussori competētem
opponit, atque ità non extinctam ipso tùnc
per additionem hæreditatis fidejussoriā obli-
garionem, sed per exceptionem, & per doli
replicationem videntur sentire, ut observa-
mus apud *Baldum* ad hanc *l.reus*, & *ad l.*
debitor C.de pactis, & Zangherum de exceptio-
ne lib.3.cap.de exceptione confusionis; Sicuti cū
vice versa fidejussor reo principali successit,
de quo in *l.eum quis* 38.*ff.de solut.*

11 Cæterum si reus non ex fidejussoris, sed ex
persona sua aliqua exceptione tutus foret,
tùnc quicquid *Faber* sua emendatione con-
tendat, uti posse ea exceptione volūt ex *Bart.*
ad cit. l.hæres à debitore DD.cum *Gomesio va-*
*riarum cap.*13.*de fidejussionibus n.*2.

12 Ex his autem Nostri deducūt primò, tùnc
indistinctè confusioni, & extinctioni obli-
gationis fidejußoriæ locum eße, cum hæres
ex asse fuerit Reus fidejussori, aut è cōtra; nàm
si ex parte tantum successerit, ex ea tantum
parte confusioni, & extinctioni locus erit,
pro qua defuncti persona repræsentatur, ità
post *Clemen.* & reliquos *in l.generaliter D. de*
fidejussorib. Gomez, ubi supra.

13 Deducunt secūdò Regulam supra positam
de confusione cessare, cum hæres inventarij
Iustinianeum beneficium implorassit; hoc
enim casu si fingas fidejussorem hæredem in-
stitutum à Reo principali, quoniam illius hæ-
reditas non tenetur ultra vires, si hæ non suffi-
ciant, remanebit fidejussoria obligatio, itaùt
hæres ipse si non tanquàm hæres tanquàm fi-
dejußor ad reliquum, quod ex hæreditate
exigi non potest teneatur; ut ratiocinantur
plerique cum *Bartolo*, *Dino*, & similibus in
d.l. & cum Glos. in d.l.hæres, ubi *Raynerius D.*

de

de fidejussoribus, *& Paulo de Castro*, *& Imola ad l.Sticchum, aut Pamphilum §. quod vulgò D. de solut.* & cōmuniter adnotatur ad *l. debitor ff. de separat.* & ad *l. fin. §. in computatione C. de jure delib.*

14 Tertiò denique, & illa deducunt, quod melioris cōditionis sit creditor, qui sub pignore credidit quā is qui credidit, acceptis fidejussoribus; nàm quàmvis tùm pignus, tum fidejussor accessiones dicantur, soleatque parem eorum esse conditionem, attamen succedente fidejussore Reo, non ità pignus, ac fidejussio extinguitur. *Bart.* ad citatam *l. Sticcum*, *& Arisminū Tepatam variar. juris sentent. lib. 5. sub tit. de fidejussionibus*: unde si fidejussor alium fidejussorem dedisset pro se creditori, si primus fidejussor deinde Reo principali succederet, tūc secundus fidejussor quoque liberabitur: at si dedisset pignus, pignus non obstante successione durabit, ut notat *Petrus Ravenna singulari* 630.



CAPVT VI.

De explicatione l. prædia §. liberto D. de fundo instructo, & instrum. legato.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus in §. liberto l. prædia.*
2 *Difficultates, quæ interpretes turbant.*
3 *Accursij sententia.*
4 *Quam, & Faber admittit.*
5 *Reicitur.*
6 *Sed non reijcienda ea quæ ex Rogerio Accursius attulit.*
7 *Obiectio ex Vlpiano in l. quæsitum 12. §. Celsus 30. D. de fundo instructo.*
8 *Refellitur Fabri solutio.*
9 *Vinum potest ad instructionem fundi pertinere, contra Fabrum.*
10 *Obiectio ex l. si fundus D. de leg. 3.*
11 *Incertum est quid respondeat Scevola de Calendario.*
12 *Ratio cur in legato nummi contineantur.*
13 *Vulgarium interpetrum expositio, & sententia.*
14 *Legato generali varia rerum genera continentur.*
15 *Alienatio voluntaria rei legatæ à testatore facta ademit legatum.*
16 *Quid si facta a procuratore.*
17 *Non omnes alienationes adimunt legata.*
18 *Præcipuè si pretium non receptum neque res tradita.*
19 *Quid si alia ree ex protio fuerit empta.*
20 *Quid si feudum.*
21 *An legato generali mobilium nummi veniant? Plerique negant.*
22 *Alij affirmant.*
23 *Sed ex quantitate nummorum, qualitate testatoris, & legatarij, alijsque adminiculis id decidendum?*

1 SCevola *in §. liberto l. prædia 27. D. de fundo instructo, & instr. legato* hujusmodi facti speciem proponit. *liberto, quem heredem ex parte scripsit fundum per præceptionem dedit in hæc verba: Pamphile liberte præcipito, tibique habeto fundum meum Titianum, & agellum Sempronianum cum instrumento, & his, quæ in eodem erunt, cum moriar, familiaque, quæ in eo fundo moratur exceptis quos manumisero*; Et circà hanc speciem quærit primo I.C. cum testator in eo fundo aliquantum vini in dolijs habuerit, quod vivus totum vendiderat, & partem tertiam pretij pro ea acceperat, an vinum in dolijs remanens, ad libertum ex causa præceptionis pertineat? Et respondet verbis, quæ proponerentur contineri: nisi manifestè cōtrariam voluntatem cohæredes approbent. Quærit deinde; In eo fundo instrumenta Calendarij, & nummos reliquit, & ait. *Responsum est, de nummis quoque, ut supra responsum.*

2 Sed in his quæ à *Scevola* proponūtur: plura sunt, quæ turbant interpretes, & presertim de quo vino dubitatū sit, & an illud præceptionis legato contineretur, siquidem primo dicitur, Vinum in dolijs remansum esse: deinde totum venditum dicitur fuisse: Quod si dixeris duas distinctas vini repositiones habuisse testatorem, quarum alteram, idest quæ majorem quantitatem continebat vēdidisse, exacta tantum tertia parte pretij alteram scilicet minorem in dolijs remansisse; quod & quidam credunt; ducta conjectura ex eo, quod apparet ex legato duo prædia distincta Testatorem possedisse, Fundū nempe Titianum, & Agellum Sempronianum, ideoque censendum ex illis, distinctas vini quantitates percepisse, divisim eas reposuisse, & sejunctim de illis curam habuisse. Adhùc si ità dicas Secundò obstabit, quod in incerto erit, an de vino vendito, an de remanso tractetur? & rursùs si de vendito, de qua eius parte, an scil. de illa, cujus pretium adhùc exigendum erat, an vero de tertia parte cujus pretium exegit; sanè si de remanso, erat quæstio, ad quid mentionem facere de vino jam vendito si & ab hoc distincto, & ex alio prædio percepto?

Tertiò facessit negotium, & illud, quod de nummis dicitur; nàm non facilè discernitur, an de illis nummis loquatur I. C. qui ex

vini

vini pretio redacti sunt, an verò de alijs, quos testator repositos habebat, & si de ptimis quomodo pretium loco rei succedebat contrà Regulam *l.sed & rem* 11.*D.de pet. hæredit.* at si de secundis, quomodò hi ad legatum pertinere poterant si legatum fuit de fundis, eorumque instrumento, & de his, quæ ibidem essent inter quæ ea potiùs, quæ ad instructionem fundi pertinebant, quàm nummi, quorum specialis mentio fieri solet compræhendi videbantur.

Denique & illud adhuc indecisum remanet, quid de Calendario Scevola senserit, & an legato, Calendarium contineretur.

Ad hæc autem *Accurs.* plura resp. ex quibus, *Faber* qui totus in eo reprætendendo, se esse in hoc capite videri vult: adhùc quædam excerpit, & tanquàm ptopria proponit.

3 Igitur quod *Accursius* in Glossa lit. A. scripsit apud Scevolam dubitatum fuisse de duabus reliquis vini partibus, quę dèpta parte tertia, (cujus pretiũ testator receperat, & quę sola in fũdo remãserat) restabãt id *Faber* arripiens

4 adijcit sub *n.* 3. quod cum de tertia parte dubitari non potuisset, verba illa (*vinum in dolijs remanens*) de vino, cujus pretium solutum non sit accipi debent.

5 Verum enimverò sivè *Accursij*, sivè *Fabri* hæc expositio sit, non admodum tuta, & ad verba J.C. accomodata videtur, quoniàm si verum est, qood ait Scevola, à Testatore vivo totum vinum vendirum fuisse, erit quoq; verum, qnod totum vinum in dolijs remansetit, non obstante venditione, eo quod emptor adhùc illud non abstulerat, quod ot intelligeremus dixit J.C. *vinum in dolijs remanens*, & non (*reliquum vini in dolijs remansum*? Rursùs, & quod exsolutum est, licèt tertiam totius vini pretij partem constituat, non tamèn exsolutum dicitur, habito respectu ad tertiam vini partem, sed ad totum vinum; atque ità non tàm pro tertia parte vini, quàm pro toto vino Arrarum vice videtur datum; hinc Scevola scripsit *tertiam partem pretij pro eo acceptam*, idest pro eo vino, non pro tertia vini parte: igitur non tuta Accursiana Expositio.

6 Sed & si hæc qoæ movimus faciant qoidem adversus allatam ab *Accursio* explicationem non ideo faciunt, ut & quæ idem ex *Rugerio* affert de probanda à legatarijs testatoris voluntate, mala sint, ideoque non invertenda ut *Faber* egit *num.* 2. quandoqoidem Regola est, quod si testator rem legatam, voluntariè postea alienaverit motasse voluntatẽ præsumitur, unde adversùs hãc præsumptionem legatarij probationes adducere debent *l.si ex toto* 8.*D.de leg.*1.*l.fideicomm.*11. §.*si non suam D.de leg.*3. Cum concordantibus; hanc autẽ Regulam attulit, *Accur.* & quod optimi

Glossatoris erat, & adnotavit illam proposito responso adversantem qoidem prima facie videri, sed Scevolam, alia quadam speciali

7 ratione motum esse credeodum: ideoque de hac sollicitè investigandum esse, ne & quoq; obstet *Vlpianus in l. quæsitum* 12. §. *Celsus D. hoc tit. de fundo instructo*: qui ait non contineri instructo fundo fructus repositos, ut venirent.

8 Nec tutò cum *Fabro* respondeas *num.* 4. fuisse in *Vlpiani* specie actum de legato fundi instructi, quod multum differt à legato fundi cum omnibus, quæ in eo sunt; siquidem non quæcunque in fundo sunt, ad ejus instructionem pertineant: Etenim quamvis vera, hęc distinctio sit, nõ tamẽ rectè ad propositũ applicabitur, quoniã non quæritur hic apud Scevolam, quid illud sit, quod legato contineatur; & ideò distingui oporteat, an fundus instructus, an vero fundus cum omnibus, quæ in eo sunt, legatum fuerit; sed quæritur, an alienatio eorum, quæ legato jam continebantur, motatam testatoris voluntatem, ademptumq; legatũ demonstret, & huic quæsito semper locus erit sive fundum instructum fuisse legatum sive fundum cum eo quod in ipso est proponeretur: Vnde sicut apud *Vlpianum, & Celsum* venditio fructuum, aut destinatio eorundem ad venditionem facit, ot hi fructus (qui alioquin contineri legato fundi instructi certum erat) eodem non contineantur; Ita, & apud Scevolam venditio vini, licet in legato fundi cum omnibus, qui in eo sunt certissimè compræhensi, facere poterat, ut à legato ademprum vinum videretur, ob testatoris mutatam voluntatem; Neq; id in legato exiguo, & parvi momenti tantummodò locum habebit, nàm & in amplo legato, ut est illud, de quo in *l. Taberna* 7. *hoc tit. de fundo instructo*, & in quo singillatim omnia fuerant expressa, locum habebit; semper enim quod voluntas mutata est, non debebitur legatum.

9 Rursus illud, quod *Faber* asserit vinum scilicet, & si venale non sit, ad fundum instructum non pertinere ex *l. si ita* 15. §. 1. *D. hoc tit.* neque ex responso prædicto probatur, neque verum est, & proinde non assensu, sed animadversione, dignum videtur: Quoniam lõgè aliud est legatam esse domum, de qua agitur in citato §. 1. *legis citata*, aliud fundum legatum esse; Etenim, & si verum ad domum instructam pertinere quidem supellectilem, at non vinum; quia domus vinis non instruitur, non tamen id ipsum in legato fundo est verum, quia fundus vino, quod venale non sit dicetur instructus, ut *Vlpianus testatur in l. quæsitum est* §. *proinde* 18. *D. hoc tit.* de fundo instructo ibi: *vina quoque, si qua ibi fuerint usus ipsius causa continentur*, quod & concul-

cat

cat idem *Vlpianus in §. neratius eiusdem legis.*

10 Ulterius omissa *l.generali* 32.§.*uxori D. de usufr.leg.* ad quam (quoniam de legato usus fructus tractar,) potest aliqua accommodari responsio. Adhùc pugnabit cum Scevola Pomponius,& si alio ex capite, *in l. si fundus* 44.*D. de legat.*3. nam ibi agens de fundo legato eum omnibus, quæ in eo sunt, scil.agẽs de eodem genere legati, de quo Scevola; definit *si fundus legatus sit eum his, quæ ibi erunt, quæ ad tẽpus ibi sunt,nõ videntur legata.* Quod si ita est,dicendum erit quod si nõ ex eo quod ob vini venditionem mutata voluntas possit præsumi:attamen ex eo quod à principio nõ continebatur, frustra apud Scevolam dubitatum, an vinum,quod venale fuerat,quin imo etiam venditum, & proinde ad tempus in fundum repositum contineretur legato. Siquidem, & si venditum post testamentum fuerit id non facit,ut & ante testamentum,& testamenti tempore venale non fuerit ex patris familias destinatione:id quod postea evẽtus docuit, qui ostendit venditionis causa à patre familias vinum in fundo repositum.

11 Sed hæc satis ad disquisitionem de vino; Disquiramus nùnc,& de Calendario; & sane cum de illo, & de nummis conjunctim Scevola quærat,& eum deinde de nummis tantũ respondeat: ex hoc conjectatur *Faber* non idem,quod de nummis, de Calendario J.Cõsultum sentire. Id quod ego vix admitto; nã quamvis verùm sit non idem sentire Scevolam debuisse, ut concordaret *Papin.in l.prædijs* 91. *& Paulo in l.si mihi* 92.*D.de leg.*3. attamèn an non ità senserit, non liquet; dum verba illa accisa,& abrupta *de nummis idem quod suprà*, in incerto relinquunt,de quibus nummis loquatur, & quid de Calendario dicat.

12 Quod si quæras cur nummi legati censeantur atque ità pretium loco vini succedat contrà regulam *l.uxorem* 41.§. *legaverat l. quæsitum* 78. §.1. *l.simili* 97.§.*ult.ff. de leg.*3. de quibus supra, & quare hæredes manifestam in contrarium testatoris voluntatem, probare debeant; non aliud responderi poterit, nisi quod in præsenti idem libertus, qui legatarius, vt etiam, & hæres est, *Faber* advertit *num.*10. quamquam, & hæc responsio habeat adversus se replicationẽ illam,quod non debeat unius hæredis favor prævalere favori aliorum hæredum quando is hæres, qui legatum perceptionis habuit de lucro captando, cæteri hæredes de damno vitando tractant.

13 Sed cum hæc sufficiant ad responsum,alioquin sub obscurum, & de quo Nos egimus suspicionum libris, Discutiamus nùnc quid ad ad eundem *vulgares Interpretes,Pragmaticiq;*
14 nostri attulère; & quidem,Primò hi regulam statuunt, quod legato generali cedunt omnia in fundo legato contenta, nisi aliud de mente testatoris constiterit; & rursus quod *Bart.* in tractatu regularum in Verbo *generalitas* explicavit, nostri verum esse fatentur etiam si varia rerum genera sint; nàm adhùc ea omnia in generali legato contineri
15 volunt, cum *Theodoro alleg.*8.in fine,alijsque. Deinde quoniam potissimà ratio dubitandi apud Scevolam illa fuerat, quod testator vinum alienaverat; contendunt ex hoc ijdem Interpretes, & *Pragmatici* firmari, & alteram regulam scil. quod per alienationem voluntariam rei legatæ à testatore nulla necessitate cogẽte factam censeatur legatum adẽptum ut in *l.fideicom.*11.§.*si non suam D.de leg.*3.& similibus juribus cavetur ex quibus *Grat. discep.cap.*251.*Cancer.variar.*3.*tit. de legat.nu.*259. id quod ampliant,etiamsi alienatio fuisset facta cum pacto de retrovendendo, ut idẽ *Cancer.notat d.lib.*3.*cap.*20.*nu.*257. *& Gomezius tom.*1.*cap.*12.*n.*56.*Merenda lib.*3.*variarum cap.*46.*n.*15. quamquam in contrarium disputet *Ciarlinus contron.*1.*cap.*78. & admiserat *Franens decis.*185. cujus sententiam Adentes fulcent.

16 Quod si alienatio non quidem ab ipso testatore, sed ab ejus procuratore fuisset facta, sunt qui dubitent,an idem dicendum sit? Meliores tñ ex nostris distinguere solent inter procuratorem generalem, etiã cum potestate vendendi Constitutum, & Procuratorem specialitèr, & ad res illas, quæ fuerant legata vendendas deputatum, & dicere; quod venditio facta per Generalem non adimit legatũ iuxta ea, quæ docuere idem *Præses de Franchis cit.dec.*283.*Thesaurus quæst.for.*1.*cap.*25. adimet verò venditio per secundum facta quia testator eo ipso, quod eum in specie ad vendendas tales res constituit se mutasse voluntatem ostendit,ut *DD.* ratiocinantur.

17 Ulterius, & illud etiam verum est,quod nõ omnes alienationes legata priùs facta adimunt,& revocant; nàm ultra eas, quæ facta, proponuntur ob causam onerosam, sunt & aliæ, quæ revocationem non important quas collegère, *Gratian.discept.forens.cap.*251. *&* 443.*num.*20. alijque. Et luculentèr *Altomarius in addit. ad Rovitum cons.* 55. *lib.* 2. &
18 inter quas illa potissima, si non pretium rei venditæ receptum à testatore fuerit, neque res tradita, ut in hac nostra lege evenisse *Scevolæ* proponebatur; nam vinum in dolijs remansum erat, & ex pretio non nisi tertia pars recepta videndi igitur *Gomez. variar.* 1. *cap.*12.*num.* 56. *& Gratian. & Altom. ubi supra.*

19 Quod si pretium quidem receptum à testatore fuisset, resque tradita, verum ex pecunia illa res altera fuerit empta, si quæras an hęc legato cedat in vicẽ rei vẽditæ; distinctionem

C adhi-

adhibendā esse Respondetur ex *l. fideicom. 11. §. paulatim D. de leg. 3.*

20 Sed si res empta ex pretio rei legatæ de earum numero fuerit, quas non esse in comercio nostro, ideòque nec legari posse *Prag.* dicunt; Controverti solet, an hæc legato comprehendatur, & in vicem primæ sit legatario præstanda? finge ex fundo legato deinde vendito, feudū à testatore comparatum anceps erit, an feudum legatario ab hærede sit dandum; nam posset pro negativa adduci, quod cum feudum legari sine Domini assensu non possit, quoniam non deberetur, & si expresse fuisset legatum, multò minus debebitur ex voluntate sub intellecta, & eo quod subrogatum in fundi burgensatici locum, dicatur; At pro affirmativa concludit *Minadous dec. 33.* quem plerique sequuntur.

21 Denique ad ea, quæ de nummis in nostra lege dicuntur, & quod hi legato contineantur: quidam notant nummos in legato quātumvis generali de mobilibus facto non venire ex *l. si mihi Mævia in fine de leg. 3. l. quæsitum §. 1. D. eodem,* & ex *Mantica de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 3. num. 3. Gabrielo cons. 98. num. 27. lib. 1. Corneo cons. 49. vers. circa pecuniam. Tiraquello de retract. lignag. §. 1. Glos. 7. num. 26.* aliisque adductis *a Francisco de Pe-*
22 *tris cons. 6.* quamvis nonnulli contrà reclament, & quinimmò venire nummos in legato generali mobilium præcipuè, si in eo facta de auro, & argento fuerit mentio, contendunt post *Boerium decis. 209.* aliosque apud *Manticam, & Tiraquellum,* ubi supra, quorum dictis utitur *Galluppus in allegatione adversus dictum Consilium de Petris,* quam attulit *Thorus in compendio decisionum par. 2. in ver. legatum omnium mobilium.* Sed in hujus-
23 modi controversia non desunt qui testatoris qualitatem, quantitatemque pecuniæ observandam volunt, & ex factis circumstantijs, rem decidendam; hos laudat, & sequitur *Thesaurus dec. 160. num. 4.* eisque, & ego vel argumento ducto ex hoc *tex.* in quo quoniā credidit *Scevola,* ità testatorem voluisse concludit nummos legato generali contineri, ad sentiendum esse non inficior.



CAPVT VII.

De explicatione l. Seje 20. D. eod. tit. de fundo instructo.

SVMMARIVM.

1 *Faber vexat lectionem receptam.*
2 *Sed tamen retinetur.*
3 *Duo quæruntur ad explicationem tex.*
4 *Fabri expositio circa primum.*
5 *Reicitur.*
6 *Fabri expositio, & Responsio ad Scevolam*
7 *Refellitur.*
8 *De emendatione hujus legis, aut de perspicua alia ratione cogitandum.*
9 *Nulla est antinomia inter Papinianum in l. quæsitum, & Paulum in l. cum dilanionis 18.*
10 *Quid interpetres, & Pragmatici sentiant.*
11 *Quod in codicillis expressum est regulatur à dictis in testamento.*
12 *Quid legato supellectilis contineatur.*
13 *Et an numerata pecunia.*
14 *An fructus maturati ex censibus, & non exacti.*
15 *Legatum supellectilis, & mobilium à marito factum non restringitur.*
16 *Quid si omnium suæ domus mobilium dixisset, an veniant, quæ extra domum? & negatur.*
17 *Nisi fortuitò fuerint extra domum asportata.*

1 AGit *Faber* hoc capite de altero ejusdem Scevolæ responso, quod extat sub eodem *tit. de fundo instructo in l. Seja* vigesima in ordine.

Et primò illius lectionem vexat; nàm non vt scriptum est *Respondi testamento quidem, (ut proponeretur) Seja insuper fundum legatum; verum non ampliùs deberi quam codicillis;* sed admissa *Jacobi Cujacij* emendatione legendum suadet dispuncta voce (*insuper*) *Seia instructum fundum legatum.*

2 Et tamen pro recepta lectione facit, quod cum Seja, cui factum legatum dicitur hæres scripta pro parte in principio textus proponatur, significantissimè voce, *insuper,* quam malè dispungunt, usum constat J. C. ut ostēderet ultra hereditatis partem, & fundum insuper datum. Unde particulam illam, & rectè, libri omnes habent, & retinendam ratio ipsa suadet.

3 Pergit *Faber,* & ad textus explicationem descendens ait: duo circà illum quæri posse, Unum cur legatum generale in testamento factum, à codicillis petita interpretatione coangustetur? Alterum cur legatum in codicillis ità relictum, fundos, quos reliqui, ità ut sunt instructi rustico instrumento, supellectili, &c. generale non sit.

4 Et ad primum scribit sub *num. 3. Scevolam* respōdere ideo legatum coangustatum quoniam testator oblitus Eorum, quę prius gesserat, codicillos scripsit uti indicant illa verba, *quos sanè post oblivionem testamētariæ scripturæ fecisset,* Nam innuunt quod si testator memor legati in testamento facti adiecisset in-

Co-

Codicillis, *cum instrumento supellectile*, *&c.* utique factum primo loco in testamento legatum nequaquam coangustasset, sed quoniam immemor fuit eorum, quæ priùs gesserat, & putavit, se fundum (non aliud adiecto) legasse, ex hoc factũ, ut quod adjecit in codicillis *instructo rustico*, *&c.* coangustet potiùs, & diminuat, quod primo loco generalitèr dederat in testamento.

5 Verùm enimverò hujusmodi explicatio quantumvis ad verba textus accommodata, semper illam recipit difficultatem, quod, ex eo, quod testator oblitus testamentariæ scripturæ Codicillos scripserit, potiùs deduci posset, quod in illis generale legatum jam factum non ademisset, non coangustasset, quam contra; Siquidem, quomodo dicemus voluisse adimere, & coangustare, legatum illud testator, de quo non recordabatur; & quomodo Codicillis postea per errorem, & oblivionem factis revocari poterunt ea, quæ volens, & prudens testator jusserat: potiùs ergo dicendom foret, quod cum oil tàm contrarium voluntati sit, quam error; & oblivio errorem parturit, in proposita facti specie, ea qoæ per oblivionem facta sunt, tanquam sine voluntate facta, non adiment, nec coangustabunt ea, quæ priùs rectè fuerant disposita.

6 Ad secundum quæsitum, cur scilicet legatum in Codicillis irà relictum generale nõ sit, ait *Faber*? Scevolam nequaquam respondisse. Cæterùm, nos posse respondere id evenisse ea de causa, quia in testamento legatus fuerat fundus instructus cùm rustico instrumento, & supellectile, at in Codicillis legatus fundus, instructus rustico instrumento, & supellectile.

7 Sed nimis subtilis hęc ratio est, & apud neminem ex *J.C.* receptam qui non adeò argutè loqui Patres familias morientes existimant: Solent enim, & secundum communem osum loquendi sæpè sæpiùs hæc duo confundi, & cùm fundus ut plurimum instruatur rustico instrumento, & supellectile indiscriminatim. Sic loqui (*lego fundum instructum cum rustico Instrumento*, & *supellectile*) & lego Fundum instructum *rustico, & instrumento, & supellectile*: Nec turbat, quod in *l. quæsitum 22.§.sed & si D.de fundo instructo*, distinguatur legatum fundi instructi, à legato fundi, uti est instructi; nam hujusmodi distinctio non à cortice verborum, ut illa quam paulò ante *Faber* invehere conabatur, pendet. Sed originem ab usu, & consuetudine Patris familias sumit; solent enim plerique fundos suos non uti alij communitèr, sed magis frugaliter, & pareè aut magis dovitiosè, & splendidè instructos habere; ideòque legando fundos, itaut sunt, instructos ostendunt se velle Testatores, ut & legatarij eodem more quo ipsi defuncti usi sunt, in posterùm illis utantur. Fundosq; ipsos ita ut illi quondam instructos in posterum habeant.

8 Igitur cum ex his appareat, quod ex verbis textus deduci non potest, cur legatum in Codicillis factum primum, & ampliorem in testamento factum restringat, operepretiom erit, aut textus lectionem mutare, ut & nos facimus *Suspicionum libris*, aut aliquam excogitare rationem novam, & à supra allatis diversam; sed efficaciorem, & veriorem, quod libens alijs ut faciant, relinquo.

9 Sed illud sanè dissimulare non valeo, quod non rectè *Faber* hic, *Papiniano in cit. lege quæsitum*. *Paulum* opponit *in l. cum dilanionis 18. D. eodem tit.* nec iustè deindè pro eorum conciliatione laborat, siquidem apud *Papin.* legatum ampliativè, ut nostri loquuntur, conceptum fetat; nàm fundum testator legaverat; itàut instructus fuerat; idest eum omnibus illis rebus, quibus ipse Pater familias eundem fundum instruxerãt: unde sequentem specierum enumerationẽ ex abundanti adjectam fuisse apparet; & apud *Paulum* è contrà taxativè fuerat factum legatum, nempè Villæ instructæ mensis, mancipijs, & alijs enumeratis, ibidem; ideòque in hoc quæ expressa sunt, legata fuerunt, unde *Paulus* hanc rationem reddit, ur vitreamina, & libros à legato excludat, quod *hi ad instructionem villa non pertinent*. Ideoque non fuere enumerata.

10 Sed omisso interim *Fabro*, *Repetentes*, & *Pragm.* disquiramus. Hi regulam statuunt cum *Bart.* quod enumeratio specierum in Codicillis facta restringat legatum generis in testamento relicto, hancque regulam ponunt in tractatu *Regularum lib. 17. in verbo species*, & passim, & hinc in Foro tamquam indubitatum receptum est, quod in Codicillis possint legata, quæ in testamento facta fuerant, transferri, moderari, & coangustari, ut notat *Rovitus lib. 2. Responso 55.* sicut
11 & possunt ampliari, & impugnari. Cæterùm cum ex facto proponeretur quendam institutis Titio, Cajo, & Seja, legata nominatim à Titio, & Sempronio reliquisse: deinde, factis Codicillis, dixisse, ut si quid ad præstanda legata deficeret ex his, quæ reliquisset, hæredes supplerent de portionibus hæreditarijs, quæsitum est, an per hanc generalem clausulam in Codicilis positam, quæ Sempronio nominatim à Titio relicta in testamento sunt, debeantur eidem suppleri à reliquis hærédibus? & negativè decisum fuisse notat *Vincentius de Anna alleg. 12.*

12 Portò cum in hac *l. Seja* de supellectile legata meminerit Scevola, solent Nostri, & quid hoc legato supellectilis contineatur di-

ſquirere, & frequentiùs placuit ſupellectile legata venire dumtaxat utenſilia domus, atq; domus mobilia, quę Maſſeritia noſtri vocant, ut notant *Joannes Andreas in addit. ad ſpecul. de fruct. & inter §. 1. Cephalus*, *Oldradus* aliique relati à *Teſauro deciſ.* 160. *num.* 7. & *à Mantica de conject. lib.* 9. *tit.* 3. *num.* 16. *ex tex. in l. labeo D. de ſupellect. leg.* & hinc appellatione ſupellectilium non venire libros, neq; arma paſſim *Pragm.* contendunt, adducuntq; *l.* 3. *D. de ſupell. leg. & Bart. ibidem ex d. l.* 1. *D. eodem*; niſi mobilium, aut ſupellectilium mentio eſſet facta oppoſitivè ad ſtabilia; quia tùnc cù videatur legatû omne illud, quod ſtabile non eſt, arma, & libri legato continebuntur, ut *Speculator* loco citato adnotavit, ſed vide *Decium conſ.* 472.

13 Ex his autè, & alijs, quę in capite antecedenti notavimus, & illud quoque palam fit: quod nummi, aurum, & argentum non veniunt appellatione ſupellectilis ſicut mobilium appellatione non veniunt ut probate citatus ſupra *Tiraquellus de retractu lignagier* §. 1. *Gloſ.* 7. *n.* 114. quod multò magis locum obtinet ſi pecunia ad emptionè ſtabilium fuerat deſtinata, ut ex ſexcentis idem *Tiraquellus* notat, & *Franc. de Petris conſil.* 6. *num.* 18. Et ſi non deſunt, qui & hic etiam admittant conjecturas, & venire in legato generali ſupellectilis, ſicut immobilium in legato pecuniam, quandoque poſſe velint, ut videre eſt apud *Maticam de conjecturis lib.* 9. *tit.* 3. *n.* 43. *Menoch. de præſumpt. lib.* 4. *cap.* 158. & 142.

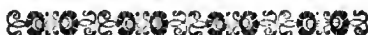
14 & ab his adductos: quorum peculiariter *Mantica lib.* 3. *tit.* 11. *num.* 7. & *num.* 24. tractat quid dicendum de fructibus, & cenſibus maturatis in vita teſtatoris, & non exactis, & an hi ad legatarium omnium mobilium pertineant, an verò remaneant penès hæredem.

15 Quod ſi vir uxori ſuæ, ſupellectilis, & mobilium omnium uſumfructum legaſſet non reſtringetur legatum ad ea dumtaxat mobilia, quibus teſtator utebatur, ſed ad omnia quantumcumque magna mobilia fuerint, ut ſcribunt *Afflictus deciſ.* 106. *Benedictus ad conſtit. de jure protomiſeos in princ. n.* 24. *Mantica ubi ſup. lib.* 9. *tit.* 3. *n.* 17. *Cavalc. deciſ. ſiviz. ana*

16 17. *n.* 9. *vol.* 3. Verùm ſi omnium ſupellectilium ſuæ domus ſe uſumfructum legare maritus dixiſſet, non venient in legato ea mobilia, quæ extrà domum repoſita teſtator habebat, ait *Loffredus conſil.* 45. quamvis *Afflictus* anceps, & dubius in re hac remanſerit

17 *deciſ.* 359. Niſi ramen quæ ſupellectilia extrà domum ſunt ibi fortuito, & ex eventu pervenerint, & remanſerint; nàm hæc, ut & ea, quæ in domo ſunt in legatò venient *l. quæſitum §. in rebus ubi Bart. D. de legatis* 3. *l. ex facto §. rerum D. de hær. inſtit. Cremenſis ſingul.* 64. *Alexander conſ.* 76. *num.* 2. *vol.* 1.

Denique & illud quoque adnotari ſolet, quod quoties dubitatur, an ſpecierum enumeratio generi deroget, obſervandum erit, utrum enumeratio illa reſpiciat actum legandi; nàm hoc caſu non reſtringet generale legatum priùs factum, ut ſentiunt Doctores in citata *l. quæſitum, & in l. Neratius D. de fundo inſtructo, & Decius ad l. in toto num.* 2. *D. de regulis juris*, & paſſim: an verò non reſpiciat ipſum legandi actum, & ſecus erit, ut Noſtri explicant.



CAPVT VIII.

De lect. l. 7. §. ſi vir D. ſolut. matr. & explicat. l. fin. D. de fundo dotali.

SVMMARIVM.

1 *Duo ſunt marmorum genera.*
2 *Horum primum renaſci ſolet, & conſtat mariti eſſe.*
3 *De Secundo ideſt communi, quæſtio eſt an ad maritum pertineat, & cum impenſis.*
4 *In quare Vlpianus, & Jabolenus invicem adverſantur.*
5 *Neotericorum conciliatio, & emendatio.*
6 *Fabri emendatio.*
7 *Reicitur à Cujacio propoſita lectio.*
8 *Poteſt fundus fieri deterior, & fructuoſior.*
9 *Reicitur Fabri emendatio.*
10 *Explicatur Pomponius in l. ſi ex lapidicinis.*
11 *Altera adducitur ratio adverſus Fabrianam emendationem.*
12 *Fabri emendatio facit J.C. adverſantes.*
13 *Inconveniens quod ſequitur ex Fabri emendatione.*
14 *Interpetrum, & Pragmaticorum ſententia parum diſtat a Fabriana.*
15 *Auri argentive fodinas Principes ſibi vendicant.*
16 *Lapidicinæ differunt à lapidum venis.*
17 *Si vaſſallus in feudo lapidicinas aperuit, unde voluto feudo impenſa ei præſtetur.*
18 *Si conſtruxerit molendinum impenſa præſtatur.*
19 *Sed non deducit cum relevium ſolvit.*
20 *An lapidicina veniat appellatione Metallorũ.*
21 *De impenſis factis a bona fidei poſſeſſore in fundo.*
22 *Diſtinctio Vrſilli.*

1 DUO eſſe marmorum genera, quæ cædi, & extrahi è lapidicinis ſoleant obſervatum à noſtris jam olim fuit. Primum eorum lapidum eſt, quæ cæſa renaſcuntur, prout in Aſia,

Asia, & Gallia evenire testatur *Vlpianus in §.*
si vir 13.*l.*7.*D.solut.matrim.* ac etiam in Italia
*Plinius lib.*36.*cap.*15.*& cap.*18. ex quo *Dion.*
Goth. in notis ad dictum §.*si vir*; alterum verò
genus eorum est, quæ semel cęsa renasci non
2 solent, & hoc magis obvium, & commu-
ne, ut cuique patet; sed cum de Primo gene-
re constet apud omnes illud in fructu esse,
ideoque cæsum ad maritum (ad quem dotis
fructus pertinent) omninò spectare, eique
etiam impensam in cædendo factam, ape-
riendisque lapidicinis præstandam, ut *Jabo-*
lenus voluit in *l. ult. D. de fundo dotali*, & *Vl-*
3 *pianus in cit.lege* 7. §.*si vir.* De Secundo tamen,
nempè de communi marmoris genere, quod
excisum non renascitur, etsi constat, quod si
maritus lapidicinas in fundo dotali invene-
rit, & aperuerit, marmor quod cæsum fuit,
licèt non adhùc asportatum, ad maritum
pertineat, nàm ita affirmant *Jabolenus* ibi
Labeo marmor viri esse ait) & *Vlpianus*, ibi,
Marmor, quod cæsum neque asportatum est,
mariti est. Non ideo dicendum, impensas
quoq; marito præstandas esse à muliere, nam
huic sententiæ non repugnat *Jabolenus*, nisi
essemus in primo marmoris genere, quod re-
nasci solet, ut innuunt verba (*ego non tan-*
tum necessarias, sed utiles impensas præstandas
a muliere existimo, nec puto fundum deterio-
rem esse, si tales sunt lapidicinæ, in quibus lapis
crescere possit) *& Vlpianus* apertis adhæret
verbis pronunciando (*& impensa non est ei*
præstanda;) hoc autem cum ea ratione se
dicere J.C. fateantur; quia hoc marmor, quod
non renascitur in fructu non sit, appositè, &
rectè *Accursius*, & *Baldus* dicere solebant,
quod ea, quæ avulsa non renascuntur, nun-
quam fructuum appellatione continentur.
5 Sed quamvis huc usque inter *Jabolenum*,
& *Vlpianum* conveniat; in eo tamen dissenti-
re videntur, quod *Vlpianus* fundum, à quo
marmora non renascentia cæsa proponuntur
fructuosiorem effectũ supponit dũ sic loquitur
si quis in fundo mulieris dotalis lapidicinas
invenerit, & fundum fructuosiorem fecerit.
Jabolenus contra ex Labeone deteriorem ef-
fectum fundum existimat; atque ex hoc im-
pensas præstandas viro denegat, ibi, *quia*
nec necessaria impensa est, & fundus deterior
esset factus.
5 Hoc autem dissidium, Neoterici animad-
versi, ut tollerent, emendandum *Vlpiani text.*
suadent, & vel verba illa, *& fructuosiorem*
fecerit, dispungenda cum *Hotomano l. amica-*
*bilium cap.*15. vel adjuncta negatione legen-
da, *nec fructuosiorem fecerit*, cum *Cujacio ad*
*l.*4.*D.de usucap.& lib.*15. *obser.cap.*21. con-
tendunt. Horum autem cum Neutrum *Fa-*
6 *ber* admittat, adjungendam negationem
prioribus verbis, & legendum *marmor mari-*
ti non est, nobis pluribus suadere conatur.
7 Sed primò adversus *Cujacium*, *& Hotoma-*
num, receptam lectionem, illud firmat quod
verum non est, ut vulgò existimant, hæc duo
inter se adversari, fundum fieri fructuosio-
rem, & fundum deteriorem fieri, cum possit,
& utrumque esse verum, & utrumque in eo-
dem fundo evenire: finge fundum, qui &
marmoris venas contineat valere bisccentum,
quoniam in eo lapidicinas aperire Dominus
poterit: finge etiam ex fructibus ejus percipi
annuos ducatos decem, ex his, quæ in
eo seruntur, aut plantantur: certè si vir in
hoc fundo lapidicinam aperuerit, & marmo-
ra cædat, & vendat, si ex cæso marmore cen-
tum in duobus, vel tribus annis percipiat; nõ
fundum penès se fructuosiorem habuerit, &
ubi priùs decem, nunc quadraginta singulis
annis coacervato pretiu lapidum cum pretio
fructuum exiget? at nihilominùs deterior ef-
fectus est, fundus nam marmore toto exci-
so, quoniam non renascitur non ampliùs
bis centum, sed centum, aut minùs vale-
bit; atque ita quod in singulis annis maritus
percepit, fundum facit deteriorem, licèt fe-
cisset fructuosiorem respectu mariti, quia ube-
riores ex eo redditus habuit.
8 Rursùs poterit & alio modo, & fructuosior
fieri fundus, & deterior; nàm Ex. Gr. si fun-
dus ideò, quia lapidum venas continet, ex
quibus marmor extrahi, & vendi potest, va-
leat mille, cæsis, & detractis lapidibus, vale-
bit quingentum: atqui si in eo luco, à quo la-
pides sublati sunt, Plantæ, aut semina po-
nantur; nonnè fructuosior erit fundus, cum
ampliùs spatium serendi, & plantandi in
se contineat? Et tamen cum plantarum fru-
ctus, & messis non possint æquare detrimen-
tum, quod proprietati illatum est sublatis
lapidibus; remanebit fundus fructuosior qui-
dem, ut sentit *Vlpianus*, sed & deterior effe-
ctus, ut *Jabolenus* affirmat.
9 Secundò adversus *Fabrum* facit, quod in
proposita specie marmor marito denegan-
dum non est, licèt enim in fructu non sit, at-
tamen quoniam datum cum fundo in do-
tem, videtur datum, ut illud maritus cædat,
suumque faciat, ut ex *Paulo* concluditur *in*
d.l.si fundus 8.*D.solut.matrim.* Et sanè hoc ca-
su marmor vice fructuum erit; ut rectissimè
scripsère ad *Basilicorum lib.*28.*tit.*8. Græci, &
signanter *Dorotheus*, quos injuria *Faber* mo-
mordit.
Hoc autem adeò verum est, ut ità conve-
nisse inter virum, & uxorem *Paulus* deside-
rat, si ad maritum cæsa marmora non perti-
nere velimus; nàm pro certo habuit extrà
conventionem semper verum, quod cæsum
marmor mariti est, & ad hunc de conventio-
ne tractatum pertinet *Pomponij* responsum
illud,

illud, quod *Fabrum* fefellit *in l. si ex lapidici-*
nis 32. D. de jure dotium, ubi J.C. *si ex lapidici-*
nis dotalis fundi lapides, vel arbores, quæ fru-
ctus non essent, sive superficiem ædificij dotalis,
voluntate mulieris vendiderit, nummi ea ven-
ditione recepti, sunt dotis.

10 In quibus verbis omnioò ponendom est,
dato in dotem fuodo, conventum fuisse, ut
fructus ejus ad matitum, non item lapidicioæ
spectareot: id, quod innuit clausula illa *vo-*
luntate mulieris vendiderit. Quorsum enim
voluntas mulieris ad vendendum requiretur,
nisi conventum, ut mulieris remanerent la-
pides, & ejus voluntati conservarentur.

11 Sed esto millies, quod verum esset, lapidi-
cinas in fuodo dotali existentes mulieris es-
se, non viri, ut *Faber* crediderat adhuc in
specie, de qua nos agimus cum *Vlpiano* di-
cendom fuerat; marmor cæsum mariti esse,
contra qoam idem *Faber* emendat; & ratio
est, quia in proposita specie maritus loco in-
ventoris est; oàm ab eo inventam, & aper-
tam lapidicinã fuisse expressis verbis prooũ-
ciat J.C. unde aptissimè *Dion. Goth. lit. P.*
notat fortuito inventam lapidicinam: hinc
vel ex capite inveotionis marito quæsitum
marmor asserendum foret, atque ita conclu-
dendom, ot haber recepta lectio marmor ma-
riti est. Id quod adeò pro vero J. C. habue-
rat, ot vix, & ab impensis mulierem absol-
vat à ductis ratiooibus, qood fundus de-
terior remaosit, & quod impensa necessaria
non fuerar.

12 Rursùs si negantem faciamos *Vlpianum*,
pugoabit ex Diametro cum *Jaboleno*, quo-
niam hic *in d. l. ult. de fundo dotali* disertè af-
firmat ex *Labeone* marmora viri fieri, ibi, *la-*
beo marmor viri esse ait. Et postea io sequeo-
tibus verbis noo impugnat propositionem
istam, sed veluti maneam supplet.

13 Denique, admissa hac lectione (*marmor,*
quod cæsum, neque asportatum est, mariti non
est, sed impensa esse ei præstanda) efficiemus *Vl-*
pianum negare lapides marito, concedere
impensas, asserere fuodum deteriorem effe-
ctum, & solvere marito, quod erogavit, ut
deteriorem redderet; quæ planè ridicula sũt.

14 Sed parum à *Fabriana* Uulgariũ interpre-
rum traditio distat, dum ipsi constantissimè
asseverant, quod si marmor non renascatur,
& si à mariro effossum fuerit, aot excisum ad
ipsum non pertinet, sicut, nec ereta, aut ar-
gentum, vel aurum ex fodinis desumpra: ità
Bart. ad hæc jura, alijsque in locis, & *Boe-*
rius decis. 19. num. 4. quibus adstipulatur *Gar-*
zia de expensis cap. 15. & cap. 22. ubi quoque
de thesauro in fundo dotali iovento, de mo-
nilibus, inauris, alijsque ornamenris diffusè
15 tractat. Quamquam quoad auri, argentive
fodinas vix quæstioni sit hodie locus relictus,
cum illas sibi Principes vendiceot tamquam
suas, ut videre est apud *Sestinum de Regalibus*
cap. 18. num. 29. Bossium tit. de metallis num. 3.
P. Gregorium Sintag. lib. 3. cap. 10. & sequaces.

16 Porrò, & illud ootandũ quoad lapidicinas
pleriq; eas distinguere cum *Paulo de Castro* à
lapidum venis, nam ait ille *cons. 276.* quod is,
qui lapidicinas habet, cogi poterit soluto
pretio nedum à fisco, sed à quolibet ex pri-
vatis, ut lapides incidere faciat *ad tex. in l.*
venditor §. si constet, & ibi *Florianus C. Com.*
prædiorum, quod & *Afflictus* admittit *in præ-*
ludijs Cost. Regni quæst. 3. num. 11. quando non
ita cogi posset is, qui in fundo lapidum ve-
nas haberet, ut in confesso est apud omnes.

17 Ad hæc si proponatur, vassallum io feudo,
quod à Domino tenet lapidicinas aperuisse,
& quæratur an feudo tandem ob lineam fi-
nitam ad Dominum reverso, is teneatur hæ-
redi in allodialibus impensas solvere? ma-
gnam invenies inter *Pragmaticos* opinionom
varietatem. Nàm suot qui has nostras leges
attendentes non melioratum ex lapidicinis
apertis, si non marmor renascatur, feudum
dicant; ideòque quicqoam solvendom à Do-
mino hæredi negant. Alij contrà præstan-
das impensas volunt, addocuntque disposi-
tionem *tex. in cap. 1. §. si vassallus sub tit. hic fi-*
nitus lex, ex quo habemus, (ut fatetur *Andreas*
18 *de Isernia*, cæterique Commentatores,)
qood si vassallus juxtà flumen in feudali ter-
ritorio Molendioum construxerit, devoluto
ad Dominum feudo, solvet is expensas factas
hæredi io allodialibus feudatarij; Nec ma-
gnam esse differentiam (dicunt ipsi) inter con-
structionem juxtà flumen molendini, & aper-
turam lapidicinarum. Unde id ipsum, &
in hac dici poterit.

19 Cæterùm illud constat, quod in re levio di-
recto domino exsolvendo expẽsas factas tàm
in Molendino construendo, quàm in lapidi-
cinis aperiendis, & similibus hæres non de-
trahit, idvè duplici ratione. Prima, quia
cum relevium solvitur non fit divisio hæredi-
tatum, allodialium, & feudalium rerum ut
fit feudo devoluto: Altera, quia relevium
non est onus feudi, sed feudatarij, ut notat
ex *Minadoo Reg. de Marinis resolut. 2. cap.*
184. quibus addi poterit, quod ne quidem ad
taxam relevij minuendam detrahi debeot
impensæ factæ in fructuum collectione, si cre-
dendum *Galluppo in Method. feud. to. 2. par. 3.*
cap. 4. num. 75.

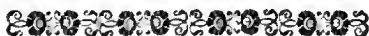
20 Insuper solet quęri, utrum lapidicinæ, Me-
tallorum veniant appellatiooe, & plura ad
rem *Pragmatici* desumuot ex *Bart. Cepolla ad*
l. inter publica §. publica quæst. 5. D. de verbo-
rum signif. & ex *DD.* præcipuè *Alberico de*
Rosate in l. 2. §. fin. D. de rebus eorum.

21 Deoique cum in præsenti apud *Vlpianum*,
& *La-*

& *Labeenem* de fundo fructuosiore, & de fundo deteriore effecto sermo sit, solent ex hoc adnotare nostri, quod sive corpora dotalia mulier repetat, sive creditor fundum sibi hypothecatum petat, semper possessori meliorationes ab eo factas solvere oportebit; eum ea tamen distinctione, quod si Dominus is sit, qui rem vendicat, ut mulier est in fundo dotali, solvet id tantum quod expensum est, etiã si pluris fuerit melioratum; contrà verò si Creditor petat, is exsolvet quod melioratum est, etiam si sit suprà valorem expensarum. Videndi *Francus decis.* 38. *Annasingul.* 182. *Riccius collect.* 150. *& collect.* 2050. *& in decis.*

22 *Curia Archiep. decis.* 263. *par.* 2. quamquam *Vrsillus* apud *Afflictum decis.* 87. *num.* 3. alitèr distinguere conetur; Credatque bonæ fidei Possessorem sicut & Dominum revocabilitèr, recuperare quidem impensas; usque ad valorem meliorationum in his quę fiunt ædificando, hoc est per applumbationem; At si arbores plantatæ, aut vineæ atque ita per ferruminationem factæ expensæ: illas recuperabit quatenus est melioratum. Ut & *Capicius,& Tiraquellus* olim notaverant, quoniam plantæ, arbores, & vineæ etiam à tempore, & solo incrementum recipiunt. Videas *Reg. de Marinis quotid.* 2. *cap.* 133.

Reliqua ad materiam expensarum, & meliorationum apud *Garziam* habentur in luculento de hac re tractatu.



CAPUT IX.

De explicatione literis interdum 14. D. de in rem verso.

SVMMARIVM.

1 *Quæstio de qua Vlpianus.*
2 *Eidem adtexuit Tribonianus Marcelli notã.*
3 *Et rursum alteram Pauli.*
4 *Horum responsorum sententia.*
5 *Disputat Faber adversus Accurs.*
6 *Defenditur Accurs.*
7 *Glossam Viviani credidit Faber Accursij Glossam esse.*
8 *Secunda Fabri objectio adversus Accurs.*
9 *Diluitur.*
10 *Actio de in rem verso non adeo propria in proposita quæstione.*
11 *Tertia Fabri objectio.*
12 *Rejicitur.*
13 *Reprahenditur Faber.*
14 *Accursium sequuntur interpetres.*
15 *An ex delicto servi Domini teneantur.*
16 *Sunt qui negant, sunt qui affirmant, sed Meliores distinguunt.*
17 *Potissimum æqualitas inter socios servanda.*
18 *Nonnulla concl. ex hac Regula.*
19 *Socius qui posuit suas operas in re cõmuni cum potuisset locare eas deducit, & recuperat.*
20 *Socius potest hypothecare rem communem, sed pro sua parte.*
21 *Explicatum difficile Papiniani Responsum.*
22 *Peculium finitur per decoctionem, quę & societati finem imponit.*

1 ULpianus in l. si in rem 13. D. de in rem verso illam proponit quæstionem. (*Si in rem alterius ex Dominis versum sit, utrum is solus, in cujus rem versum est, an & socius possit conveniri,*) & ad eam decidendam affert *Juliani* sententiam dicens: *Julianus scribit eum solum conveniri, in cujus rem versum est, sicuti cum solus jussit, quam sententiam puto veram.* At quia hujusmodi *Juliani* sententia
2 nimis generalitèr ab *Vlpiano* probari, visum est *Triboniano*, ei adtexuit *Marcelli* hanc notam, (*Interdum & propter hoc, quod in rem alterius versum est, de in rem verso cum altero agi potest, qui conventus, a socio petere potest id, in quo damnatus fuerit. Quod enim dicemus si peculium servo ab altero ademptum fuerit.*)
3 Et eum rursùs in hac eadem *Marcelli* nota advertisset *Tribonianus* ipsum nimia repręhendendi libidine transgressum, ultro, & ex speciali quadam ratione in uno casu locum habente, irruere in generalẽ Regulam voluisse, subjecit concludendo, ex *Paulo*. *Ergo hac quæstio ità procedet, si de peculio agi non potest.* Quasi diceret, generalitèr quidem veram fuisse definitionem *Juliani*; sed ab ea excipiendum, cum de peculio agi non possit.
4 Fecit itaque *Tribon.* & rectè, ut ex tribus, aut quatuor Juris Consultorum responsis insimul propositis, intelligeremus esse, quidem Regulam, ut eum eo agendum sit de in rem verso, in cujus rem versum est; at limitari eam, cum agi de peculio, eo adempto, non possit.
5 Sed eum hæc aperta, & dilucida sint tribus etiam verbis ab *Accursio*, cæterisque Veteribus explicata, visa tamen *Fabro* obscura, & implicita; ideòque coniecturis assequenda, eum tamen hoc capite totus sit in *Accursio* repræhendendo.

Et primò *Accursium* mordet, quòd in cõcipienda quæstione peccaverit; nam quæsitum dixit (*an de eo, quod in rem socij versum est, possit alter socius de peculio conveniri* (quãdo quæsitum fuerat) *utrum is solus in cujus rem versum est; Si unius servi plures sint Domini, an & socius de in rem verso act. conve-*
6 *niri possit*; acutè sanè si dijs placet. Et quis non videt, eandem esse in substantia utramq;

pro-

propositionem, & tamèn aptiorem, & accommodatam magis ad *Vlpiani* verba eam, quam *Accursius* fecit. Cæterùm quamvis *Fabriana* quæstio aliquantulum magis ad *Marcelli* notam facere videatur, non ideò non rectè *Accursius* egit, qui videns *Marcelli* responsum, sicut & *Pauli* regulandum, & in-
7 telligendum ex ptima *Vlpiani* hypothesi hác explicasse contentus in sequentibus in verbo (jussit) concordantes leges tantummodò adnotavit. Et quamvis fateamur ad hanc *l. interdùm* non undequaque rectè, à *Viviano* casum fuisse figuratum, idvè occasionem errandi *Fabro* dedisse, qui *Glossam Viviani* esse *Accursij Glossam* existimaverit, adhùc non malè quæstio concepta erit; nàm id ipsum est quærere, an is tantum teneatur, in cujus rem versum est; Et an & socius quoque conveniri possit de eo, quod in rem socij versum fuerat.

8 Secundò objicit *Accursio Faber*, quod in proposita specie agendum fore actione de peculio existimaverit, quando à J. Consultis, qui sæpiùs id inculeant, actio de in rem
9 verso præstatur. At huic objectioni facili negotio occurritur; nam si attentè eorundem J. Consultorum verba perpendemus, inveniemus non fuisse eos admodum in hac re, & in specie, de qua agimus sollicitos, an una, vel altera actione actor experiretur. Et si, ex eo quod attentius investigandum suadent, an ademptum fuerit peculium, nec ne, procliviores fuerint in danda actione de peculio, & rursùs? Facit ad hoc, quod si *Juliani* quæstio ex *Marcelli* nota explicanda erit (ut idem *Faber* asseverat *num.*4.) quia consequens est, ut & *Marcellum* ipsũ ex *Pauli* nota intelligamus, concludendum erit de actione de peculio eos loquutos; nàm disertè *Paulus* de hac agit, ibi: (*Si de peculio agi non possit*.)

10 Prædictis addi poterit quod actio de in re verso nõ adeò propria videri posset in præsẽti, de qua agimus specie; siquidem non ex eo, quod in rem socij versum sit, cum altero socio agi potest; sed ex eo, quod peculium ademptum fuerat à servo communi; atque ità ademptio peculij potiùs quam in rem versio facit, ut socius teneatur. Ex his igitur, & similibus sequitur non esse *Accursium* reprehendendum, quia non incommodè, una, aut altera actione agi potuit, ut palam est.

11 Tertiò argutè *Faber* notat adversùs *Accursium* ea *Pauli* verba (*hac quæstio*) esse interpretanda, ac si scriptum, hæc sententia, non ut facit *Accursius*, ac si scriptum, (hæc disceptatio, hæc dubitatio.) Sed contrà pro
12 *Accursio* militat, quod, etsi verba, *hac quæstio* utramque expositionem patiantur; attamèn magis propriè Accursianam admittunt, quoniam videns *Paulus*, *Juliano Marcellum* adversari, & pro una parte primom, secundum verò stare pro altera, optimè dixit, eorum quæstioni, dubitationi, & disceptationi tùnc locum eſse, cum de peculio agi non possit.

13 Sed quanquam facillimè *Accursius* à *Fabri* calumnijs vindicetur, non tam facilè *Faber* repræhensionem effugiet, dum sub *num.*7. quærens quid dicendum si peculium servi non ademptum, sed mortuum fuisset, sivè finitum ut in *l.* 4. *D. de peculio*, & similibus. Respondet nequaquam cum socio, in cujus rem versum non sit, agi posse. Quando oppositum docet *Paulus* hic, dum in ademptione ipsa non factum Domini adimentis, sed non existentiam peculij consideravit, & ideircò generalitèr definir agi tùnc posse, cum de peculio agi non possit; & hoc verificatur etiam, cum finitum peculium est; nàm & tunc verum est de peculio non posse agi: Idem etiam *Marcellum* sentire ex eo apparet, quod de casu ademptionis exempli causa utatur, nec ad eum se restringat; unde non scripsit (*quid tùnc dicemus*.) Sed ita, *quid enim dicemus*, *&c.*

14 At *Accurs.* quem *Faber* repræhendendum suscepit, libentèr sequuntur Repetentes omnes, & Pragmatici, qui ex ejus dictis contendunt, unius peculij causa, & socium teneri, & conveniri posse, de in rem verso, ut explicant *Castrensis*, & *Baldus* hic, *Ronghegallus ad l. nemo D. de duobus reis*, *Vusembecius in comment. inst. tit. quod cum eo num.*4. *& alij*.

Fatentur quoque unanimitèr ijdem Repetentes, & *Pragmatici*; quod ex contractu servi, quatenus est in peculio, Dominus teneatur; id quod ad similia passim producunt.

15 Sed à contractibus ad delicta transeuntes solent anxiè disquirere, an, & quatenùs ex delicto servi Dominus teneri possit? & sunt qui velint semper eum teneri; aut tanquam mandasset, aut saltèm, tanquàm prohibere potens, id facere neglexisset. Moventur hi ex generali Regula *l. multa facinora C. ad legem Juliam de vi publica lege Cornelia §. cum quidam D. ad l. Corneliam de Sicarijs*, & ex doctrina *Mascardi de probat. concl.*602. *num.* 2. *& Amprosini decis. Perus.*48. *num.*8. *par.*2. Alij contrà indistinctè negant dominum teneri, nisi apertè de mandato constiterit; insistentes in disp. *cap. quia præsulatus*, *causa* 1. *q.*4. *& in Glos. in cap. fin.* 23. *q.*8. & quia ità sentiunt *Baldus in l. data opera colum. penult. vers. sed pone D. qui accus. non possunt*: alijque cum quibus *Farinac. in praxi crim. q.*54. *n.*48.

16 At meliores distinguũt in hac materia, inter delicta, quæ à servis perpetrata: nam si eorum sint, ex quibus Dominus utilitatem aliquam con-

consequutus appareat, ut evenire solet in servi furto, fraude, & similibus,& teneri Dominum affirmant post *Gratianum discept. forens. cap.625. à num.32.* Si verò ejusmodi generis delicta fuerint,ut ex illis nullam percepisse utilitatem Dominus potuit, ut fere sunt homicidia, injuriæ illatæ, stupra, adulteria, & similia, & in his nisi constet Dominum ipsum ea fieri mandasse, aut sciens, & prudens,cum posset non prohibuisse, cum teneri fas non est, atque ad hanc normam dirigunt ea quæ scripserant *Farinac. consi.102. Hippolitus Bonacossa in tractatu de servis, & famulis quæst.57. & 63.* Cæterùm alio modo puniendum Dominum si mandasse constiterit, alio si negligentèr non vetasse,advertunt *Plaza in epit. delictorum cap. 14. & Gaspar Thesaurus q.forens.1.cap.83.* ubi etiam docet quando Dominus famulum, aut servum exhibendo liberetur.

17 Insuper Nostri ex hac *l.interdum 14.D. de in rem verso*, & ex concordantibus, Regulam elicere, atque passim in ore habere solent, quod inter socios potissimùm æqualitas servanda sit, ut notat *Afflictus decis.58.* idque usque adeò, ut data inæqualitate societas corruat.*Covarruvias variarum 3.cap.2.* Hinc *Amedola in addit.ad Fràcum decis.160.*

18 ex citata Regula differit post *Costam in tractatu de Ratione Rate.* An & quatenùs socius uti communi domo, aut communi pascuo possit, & ad quid consocio teneatur, item post *Gomezium, Hippolitum de Marsilijs*, & alios, an clàm aliquid ex rebus ad societatem pertinentibus accipiens furtum committat; hinc etiam *Joannes Garzias*, quem vulgò sequuntur in suo illo *tractatu de expensis, & meliorationibus* pluribus in locis,ex hac eadem regula æqualitatis servandæ plura decidit in materia expensarum ab altero ex socijs in re communi factarum.

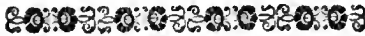
19 Et demum ex ipsamet deducunt Plerique, quod si socius in re communi suas posuit operas, quando potuisset, alienis, sed mercede conductis uti, eas deducet, & pretium earum recuperat,ad quod videatur *Romanus cons.145.& cons.168.*

20 Ulteriùs quoad hypothecam attinet rei communis, illud certum, quod poterit socius illam hypothecare, & pro sua portione pignus constabit *Negnzant: de pignoribus 3. membro secunda partis num. 36.* & alij,quod ampliat, & explicat *Gaitus de credito cap.4. quæst.7. num.377.* ubi tamen illud etiam rectè observavit, quod re communi divisa,quæ duorum fuerat, adhùc portio illius, qui non hypothecavit, hypothecata remanet pro medietate Creditori *ad tex. in l.si consentit §. fin.ubi. Bart. D. quibus modis pign. vel hypoth. solvitur, quod & Negnz.* notaverat. Hinc ad hoc ut incommodum hoc effugiat socius, qui debitum, & pignus non contraxit, debet provocare Creditorem ipsum ad divisionem, ut ità cum eo dividente, is partem socij debitoris dumtaxàt habeat hypothecatam; quàquam vice versa si idem qui socius, & Creditor sit, non potuisset à socio debitore ad divisionem urgeri, nisi hypotheca soluta, ut idem *Gaitus* concludit.

21 Sed ad hæc, quæ diximus de materia *l. si consensu 3. §. fin. quibus modis pignus, vel hypotheca sol.* facit celeberrimum *Papiniani Responsum in l. Creditor §. fin. D. qui potiores.* Quod quoniam plerisque difficilè videtur hic explicare constitui. Duo fratres, qui agrum in communi possidebant, & quorum primus partem sibi spectantem Creditori hypothecaverat, facta divisione, convenère, ut si frater Primus agri portionem pro indiviso pignori datam non liberasset, liceret Secundo dimidium partis, quæ primo tetigit vendere. Quæsitum est, an hypotheca ex hoc pacto quæsita Secundo fratri, & super qua fundi parte fuerit? Responsum est ex facultate data bona vendendi, hypothecam contractam, quod & *Bartolus* advertit; unde deducit *Cremensis singul. 1.* ex facultate data bona ingrediendi hypothecam constitui, ut & *Gothofredus* adnotavit. Item dicit quoque *Papin.* hanc hypothecam constitutam super illa portione, quàm invito fratre Primus frater hypothecæ dare Creditori non poterat. At quæ nam ista portio sic obscurum *DD.*, nec explicatum *a Gothofredo*; sed dicendum est, quod cum primus hypothecæ partem fundi, quem pro indiviso habebat dedit, non totum fundum, quoniam invito fratre totum hypothecare non poterat, sed partem dimidiam illius hypothecavit, hinc verum, quod in quolibet fundi cespite pars dimidia libera, pars altera hypothecata remanserat; facta igitur divisione, tùm Primo, tùm Secundo contingit in portionem habere ex parte hypothecata, & ex parte libera. Unde, cum primus deinde hypothecat fratri, suo non partem hypothecatam jam Creditori, sed liberam, quæ ei contingit,hypothecare videtur; & proinde frater non cum Creditore concurrit, nàm ille medietatem partis dumtaxàt hypothecatam habuit, sed solus partem ad fratrem liberam perventam (ea ratione quod Creditori, ipso invito non potuit frater integrum fundum hypothecare) sibi pignoratam habebit. Denique notandum est, quod non ignorant *Pragmatici*, quod peculium nedum ademptione, sed & morte, idest consumatione, & egestate finiatur, unde asseverant, quod societati per decoctionem finis imponitur *Francus decis. 249.* ad quem addentes,

D &

præsertim, *Luca Amendola*, & *Visconte*, id adnotarunt.



CAPUT X.

De conciliatione legis ventre 84. D. de adquir. hæred. cum l.si filius 16. D. de lib. & post.

SUMMARIUM.

1 *In conciliandis propositis responsis, in quo tota difficultas consistat!*
2 *Venter plenus fuit in Africani specie quicquid Cinus crediderit.*
3 *Cujacij expositio quam sequitur Faber.*
4 *Impugnatur.*
5 *Alia ratio adversus eandem.*
6 *Vera textus explicatio.*
7 *Resolvitur objectio, quæ poterat fieri pro Cujacio, & Fabro.*
8 *Credendum Africanum tractasse speciem dubitabiliorem.*
9 *Explicatio Papiniani in l.ventre D. de adqu. hæred.*
10 *Ex his apparet non adesse antinomyam.*
11 *Quid Repetentes, & Pragmatici de Papin. in l. ventre.*
12 *Quid de Africano.*
13 *Testamentum valebit nato posthumo mortuo.*
14 *At non si natus vivus licet illicò decessisset.*
15 *Clausula Codicillaris conservat Test. etiam nato post annum posthumo.*
16 *Quos filios appellant posthumos Pragm.*

1 IN hujusmodi Responsis conciliandis cum tota difficultas pendeat ab investigatione, utrum in proposita specie, vacuus venter, an plenus fuerit, & si plenus, natus ne ex eo posthumus, an verò in utero mortuus sit? quis non mirabitur *Fabrum in princ.* hujus capitis tàm securè pronunciasse, non valdè in hoc laborandum esse, nàm sivè vacuus, sivè plenus venter fuerit, sivè natus posthumus, sivè non natus, semper inter se pugnabunt adducta Responsa. Cum tamèn & ipse, ut interpretes omnes fecère, ab hac dist. potissimum, suam pro antynomia concilianda ratiocinationem deducat. Cæterùm quoad *Africanum* attinet *in l. si filius 16. D. de lib.* & post plenum in ea specie fuisse ventrem, nemo est qui jure dubitare queas, quoniam verba Juris Consulti aperta sunt, ibi (*si filius institutus sit omisso posthumo*) nàm quomodo posthumus omissus proponeretur, nisi plenum ventrem supponamus? hinc nemo ex Interpretibus, aut antiquis, aut recentioribus id negare ausus fuit, excepto *Dino*,
2 qui primus ut refert *Jason* ad hanc *legem nu.* 30. posthumum, quem omissum *Afric.* ait putativum posthumum, non verum fuisse scripsit; & ad citata verba *omisso posthumo* supplebat de suo, *quem in ventre esse putabat* quasi mancus. *Africanus*, & de hominum existimatione, & opinione sollicitus, in præsenti disséreret.

3 Igitur posito cum communi, quod venter plenus fuerit (ut necessariò ponendum est) oritur maxima difficultas in dignoscendo, an suo tempore ex hoc ventre natus psthumus fuerit, an vero in eodè extinctus, & corruptus remanserit, ita ut nunquàm ad nativitatem pervenerit? & quamquam Respondeat *Jacobus Cujacius tract.4. ad Afric.* ad hanc *l.* & 3. *obser. cap.*21. natum fuisset filium; ideòque verba J.C. (*Posthumo non nato*) ita esse explicanda, ac si scriptum fuisse (*Posthumo non dum nato*) id quod, & *Faber* in præsenti videtur sentire, cum ità differat, ac si id tamquam certum supponat.

4 Vereor tamen, ne aliorum sententia, quæ corruptum in ventre partum; ideòque non natum posthumum cõtendit, probabilior sit, & sanè ad verba *Africani*, quæ absolutè posthumum non natum præferunt, accommodatior est quàm (*Cujacij*) expositio, quæ illis manifestè vim infert; eò magis, quod verbum illud, interim, quod de illij morte prolatum est, ibi (*si interim filius moriatur*) nullo modo potest ad posthumi nativitatem referri; siquidem non adhùc explorato, an posthumus nasciturus foret, nec ne? interim filium decessisse prius proponitur, & demùm constasse in ventre corruptum partum fuisse.

5 Porrò si ponas cum *Cujacio*, & *Fabro*, natum quidem posthumum, sed demùm mortuum, non benè *Afric.* tàm securè pronunciasset; Nepotem tam Patri, quàm Avo suum hæredem futurum; nàm non debuit Avi successionem cum Patris successione conjungere, quando successionis Avernæ longè dispar ratio erat, quam paternæ successionis; quippè quod Avo succedere, rupto testamento, & & insimùl cum patruo, idest cum posthumo (illo demùm nato) Nepotem oportebat: quod *Cujacius* videns in hoc supplendum quasi mancum, & mutilum *Africanum* existimavit.

6 Meliùs igitur, & ad J. C. mentem, & verba, aptiùs species figurabimus de filio instituto, & Nepote substituto, pleno ventre præterito; & dicemus in proposito; quod si interim filius institutus decedat, pendente scil. tempore nativitatis posthumi, & tandèm corruptum in ventre partum, adeòque posthumum non natum apparuerit nepos suus

suus hætes Avo erit? Et suus quidem ex testamento, non ab intestato ut *Cujacius*, & *Faber* existimabant; nàm ooo ad alium finem *Africanus*, nisi quia sollicitus de testamento illud conservatum volebat, Nepotem in eo, patri substitutum proposuit; cum alioquin, si utcumque ad successionem iotestati deveniendum fuisset, parum de substitutione facta curandum fuerat.

7 Nec pro *Cujacio*, & *Fabro* facit, quod sui hæredis nomen in successione ab intestato lex duodecim tabularum assumpserit, quaodo nos non capita ejusdem legis, sed Juris Consultorum Responsa explicamus, & scimus Juris Consultos io Responsis suis, usos hoc nomine, etiam cum de testamentis, & testamentari à successiooe egerint: hinc passim apud eos legimus, *suos hæredes scriptos*, *suos exhæredatos in testamento*, & similia quinimo Paulus de vi, & potentia suitatis tractans in *l. in suis 11. D. de liberis, & posthumis hæredi: instituen*: suum hæredem suppooit in ejusdem legis principio, dum postea circa finem ipsius concludit. *Sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur hæc ex causa licet non sint heredes instituti.*

8 Noo nego tameò, quod si posthumum natum supponamus, oporteret etiam & Nepotem ab intestato successisse supponere: atque de intestati successione, non de testamentaria Juris Consultum loquutum; sed minùs elegans, & minùs dubitabilis in his terminis quæstio foret, quando elegantiorem, & dubitabiliorem credeodum est *Africanum* tractasse, nempè de posthumo existente quidem in utero eo tempore, quo Pater testabatur, & quo decesserat; itemque & eo tempore, quo frater mortuus est; sed tandem post hæc in utero corruptum, & per abortum ejecto: hoc enim casu cum & Nepos ex filio instituto substitutus ab Avo fuerit, oritur dubitatio; utrū ipse Nepos ab intestato, an verò ex testamento, & substitutiooe Avo succedat? & quamvis pro successione ab intestato, adeòque pro ratione dubitaodi faceret, quod venter plenus, & posthumus existens fuerat, & proindè præteritus; tamen respondetur pro testameoto qooad atteota Regula, quæ dictat hujusmodi partus, qui nunquàm nascuotur, & in utero corrumpuotur, testamenta non iofirmare ad *l. qui mortui D. de verborum signif. l. uxoris abortu C. de hæredibus instit.* Substitutio facta de nepote fulcirè testamentū poterit, adeòq; nepotem ex testamento suum hæredem Avo fieri concludetur, ut multò meliùs quam nos explicavit *Antonius Goveanus variarum 1. cap. 4.*

9 Sed apud *Papinianum in l. ventre 84. D. de adquirenda hæreditate*, longè alia species tractata est, nempè de veotre præterito, sed vacuo, qood sanè constat ex ejusdem *Papiniani* verbis; nàm cum priùs dixisset (*ventre præterito*) subjungit (*sed si vacuo ventre mulier fuit*) oequis existimaret de ventre pleno eum loqui? Hinc fallitur *Faber*, dum alitèr credet: Cæterùm *Papinianus* distinguit, & acutè more suo; utrum filius, qui suus erat, an verò emancipatus, vel extraneus institutus hæres proponeretur: & siquidem suus quamvis decedat is, pendente incertitudioe, hæc tamèn (quoniam tandèm vacuum ventrem fuisse constitit) oon obstabit, quin hæres ex testamento fuerit: ea nimirùm ratione, quoniam & is filius est, remque omninò habiturus, idest quia & si plenus vèter fuisset, & posthumus natus foret, adhùc eo defuncto, quamvis, rupto testamento. Idem hic filius habiturus hæreditatem fuisset. At vice versa si extraneus institutus fuisset, quoniam io eo eadem non militat ratio, non idem dicendum est.

10 Ex his cum diversas coostet species ab *Afric.* & à *Papin.* tractatas tanquā ad illas lata, non esse contraria eorum Responsa, sed diversa, facilè quisque sibi poterit suaderi, dum interim nos Repeteotes, & *Pragmaticos* audiamus.

11 Et hi ex eo, quod *Papin. in cit. l. ventre*, de incertitudine, an vacuus, aut pleous venter fuerit, & de filio, qui decessit, ea pendente ratiocinatus est; sumpta oceasione affirmant, quod si is, qui incertus est, & dubitat ex dispositione legali, an possit adire, oec nè, interim decedat, hæreditatem non transmittit, ut *Bartolus*, *Baldus*, & *Angelus* adnotaverant, & hinc plura disputaot de validitate traosmissionis, quæ collegère *Menochius præsumpt. 4. præsumpt. 76. Bursatus commun. opin.* in versu *Transmissio*, & *Thesaurus decis. 88.*

12 Porrò, & ex *Africani* responso didicère, Nepotem fieri quidem hæredem suum Avo, at oon talem patrem ejus prædefunctum fuisse: Non quia eum impediebat iocertitudo ventris, aut posthumus io eo existens, quoniam adhùc eo existente, & nato, ruptovè etiam testamenro, quia filios, hæres suus futurus erat; sed quia substitutio Vulgaris facta in personam Nepotis, faciebat, ne filius cui facta fuerat oecessarius, adeòque suus hæres remaoeret. Ita ratiocinante *Bart.* quem *Bald. Jason. Christophorus de Castellione*, & reliqui sequuntur in Cōmentarijs ad *d. l. si filius 16. de vulgari*, ex quibus *Crassus*, qui latiùs tractat quos hæredes vulgaris substitutio excludat. *Recept. sentent. §. substitutio quæstione 13. & seq.*

13 Iosuper ex his met juribus supra explicaris fatentur doctiores *Prag.* quod si venter corrumpatur, eijciatque posthumum præteritum mortuum, vivo adhùc testatore, testamentum valebit, præcipuè si clausulam Codicil-

cillarem continebat, ut scripsere Autores, quos *Alphanus* collegit in *Reportatis nu.*545. & cum illis, *Thesaurus decis.*141. & *Julius*

14 *Clarus in §. testamentum qu.*45. At si posthumus non abortivus, aut corruptus, sed vivus editus fuerit, vivente testatore, licet illicò decesserit locum non esse substitutioni, exclamant *Fr. Marcus decis. Delphin.* 169. *par.*2.& *Marta tom.*5.*tit.de posthumis cap.*1.

15 Clausulam autem Codicillarem adeò extollunt in hac materia Pragmatici, ut velint maximè si de futuro concepta sit conservare testamentum etiam nato posthumo post annum à morte testatoris cum *Marciano disputationi* 66.

16 Cæterùm posthumos appellant *Pragmatici* filios omnes post testamentum natos cum *Raudensi cons.*30.*num.*26. *Capicio Latro consult.*77. *num.*67. unde si testator ita foret loquutus: *posthumum instituo, si uxor pregnans sit*, quamvis deinde supervixerit, & per plures annos, adeò ut filium ipso vivo natum, & provectæ ætatis factum videat, si tandem idem testator, nullo alio condito testamento decesserit illud ita factum, ut dictum est, tanquam continentem filij institutionem valebit, ut *Mainar. decis.*9.*par.*5. receptum decisumque testatur.



CAPUT XI.

De Claudij nota ad Scevolam in l. generali 32.§.1. D.de usuf.leg.

SUMMARIUM.

1 *Claudij nota interpetres defatigavit.*
2 *Species legis.*
3 *Scevola responsio.*
4 *Claudij nota.*
5 *Reijcitur Fabri emendatio.*
6 *Iterum adversus eandem.*
7 *Unde probetur tam novam insolentemque dispositionem quam effingit Faber.*
8 *Quorundam interpetrum sententia.*
9 *De Consolidatione ususfructus cum proprietate.*
10 *De usufructu rei certa, & usufructu universali relicto.*
11 *Pragmatici, Verba semper operari volunt.*
12 *Ex prohibitione administrationis a matre facta videtur pater etiam usufructu privatus.*
13 *An possit mater etiam quo ad legitimam prohibere ne ususfructus patri quaratur.*
14 *Quandoque utilior ususfructus, proprietate ipsa.*
15 *An quis bonorum ad masculos necessariò perveniendorum possit usumfructum matri legare.*

1 Quamquam Claudij nota, quæ ad *Scevolam* extat in *l.generali* 32.§.1.*D.de usufr. legato*, non parùm interpretes defatigaverit, & præsertim eorum facilè Principem *Jacobum Cujacium*, qui iterum, atque iterum de illa egit *observ.* 10. *cap.* 23. & *observ.* 23.*cap.*8. attamèn si attentè consideramus quod nam erat illud, quod *Scevola* voluerat, & quam speciem consultus desiderat, non difficillimè, & illud quoque intelligemus, quid sit, quod *Claudius* notando reprehendit: unde nec *Fabriana* emendatione opus erit, quamquam placuerit illa *Dion.Goth.* in notis ad hanc legem, nec aliorum divinationibus assentiri, ut plerique credunt.

2 Facti species, quæ *Scevola* proponebatur hujusmodi est. Mulier, quæ tres liberos habebat, scil. Titium, & Cajum masculos ex primo, Semproniam feminam ex secundo viro susceptos, æquis partibus illos scripsit hæredes, & *Elia Dorcadi matri suæ* bonorum usumfructum legavit, ea adjecta lege, ut post ejusdem Eliæ mortem ususfructus ille ad liberos institutos, aut ad eum, qui ex his viveret, pertineret; adita hæreditate, Titius, & Cajus liberi ex primo viro, & ex duabus partibus hæredes decessère, tandem decessit, & *Elia Dorcas* usufructuaria, superstite tantùm Sempronia tertia ex secundo viro filia, & quę ex tertia parte fuerat instituta. Quæsitum est, an ad hanc superstitem integer ususfructus pertineat, an verò pro illa portione, pro qua hæres est? & qui integrum usumfructum ad hanc pertinere contendebant, adducebant testaturis verba (*itaut post obitum ejus ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet, pertineat*) ex quibus fideicommissum injunctum *Elia* usufructuariæ affirmabant in beneficium illius ex liberis, qui superstes tempore mortis fuisset, undè in hujus persona repetitum usumfructum *Dorcadi* relictum dicebant. At alij contra tantummodò pro portione hęreditaria Semproniã admittendam volebant ad usumfructum, & quamquam Repetitionem ususfructus concederent, eam tamèn ad beneficium omnium liberorum, tanquam hæredum, & pro hæreditarijs portionibus factam volebant.

3 Sed *Scevola* neutrum placuit, & eum ei aliter videretur; Respondit *apud eos usumfructum redire, apud quos proprietas esset*, ita Repetitionem illam ususfructus, quam qui consulebãt; ex fideicommisso post *Dorcadis* mortem ei injuncto, elicicbant, penitùs excludēs, & ex generalibus regulis, extincto usufructu *Elia* relicto cum ejus vita, & illud cum pro-

pric-

prietate consulidato, ad eos pervenit, apud quos proprietas esset, concludens.

4 Hanc autem responsionem Claudius credidit subobscuram, aut manca; ideoque ut illustraret, aut suppleret (ut sanè hi solent, qui notas scribunt (adiecit) *non credidit ipse usumfructum invicem portionum hæreditariarum post mortem Aviæ inter ipsos datum*) ac si dixisset: ideò ad proprietatem redire usumfructum. *Scævola* respondet, quia non credidit post mortem Aviæ inter ipsos liberos pro hæreditaria portione repetitum, sive datum; atque ità loquutus *Claudius* ostendit, & ipsam cum Scævola Repetitionem excludere, & existimare ineptam esse illorum sententiam, qui repetitionem admittebant, sed pro hæreditaria portione in beneficium cujuscumque ex liberis instituti.

5 Hæc autem cum ità se habeant, si cum *Fabro* legas affirmativè *nam credidit, &c.* impostorem efficies Claudium, qui Scævolę imponit, credidisse usumfructum invicem portionū hæreditariarum à testatrice datum quando Scævola id neq; admisit, neque credidit, immò contrarium voluit, & exclusa repetitione, & fideicommisso, usumfructum cum proprietate consolidari ex generali Regula affirmavit.

6 Rursùs admissa lectione affirmativa tum Scævola, tum Claudius non rectè Respondissent; nàm si credidit Primus, & admisit Secundus, usumfructum per fideicommissum, & Repetitionem datum, cur non postea integrum ad Sempronium pertinere voluerūt? sanè si datus; utique ex illis verbis datus. *itaut ad filios meos pertineat, vel ad eum, qui ex his vivet*; atqui hæc verba ad beneficium Semproniæ viventis concludetent: ergò Sempronia ad solidum vsumfructum fuisset admittēda. Et sanè idem *Faber* non potuit dissimulare quod si affirmabimus fideicommissi repetitionem à matre factam, opus erit Semproniam admittere ad integrum usumfructū, & proindè, ut effugiat sub *num.* 8. ait factum quidem fideicommissum, sed in eum casum, in quo aliquis ex filijs partem suam hæreditatis repudiasset, ad hoc, ut qui ità fecisset, in solatium ammissæ partis hæreditatis usufructus partem consequeretur; sed hoc effugium Tutum non est; Nam nullam in Juris nostri libris similem invenies dispositionem, nec credendum prudentem matrem familias instituisse filios, deinde eos præmio usufructus proposito, ad repudiādam hæreditatem inuitasse, & ad spernendum reijciendumque ultimum suum iudicium. Cæterum quam utilitatem consequeretur filius, si ideò portionem hæreditatis solidam, & plenam repudiaset, ut usufructus partem haberet? æquus rerum extimator perpendat.

7 Denique si tàm novam, insolentemque dispositionem mater familias fecisset, omninò verbum aliquod de illa promere, *Scævola* debuisset, & de prævisio casu repudiationis meminisse, quomodo ergo id non agit J.C. diligentissimus? at egit *Claudius* replicat *Faber*, sed insto; Unde *Claudius* rescivit, si Responsum quod notat non exprimit? an non hoc esset invertere potiùs Juris Consultorum respōnsa, quam explicare? Insto etiam, & quibus verbis *Claudius* protulit in proposita specie iniunctum fideicommissum in beneficium liberorum, aut illius ex ipsis qui repudiasset?

8 Sed æque suaves ex Interpretibus quidam sunt, qui enixè contendunt Claudij notam non tam supplere, quàm adversari his quæ dixerat Scævola, & quàquàm non desint qui hoc ipsum ex opposito negent: omnes tamèn in eo concordant, quod velint ex ea notā deducendum, quod testatoris verba semper interpretanda sint cum effectu operandi, ut *Bartolus* explicat, & post eum *Simon de Petris*, quem *Pragmatici* sequuntur de interpretatione ult. volunt. pluribus in locis præcipuè *lib.1.fol.2.num.12.lib.2.solut.7.n.4. & sol. 3.num.12. & solut.5.num.1. & lib.3. solut. 6. num. 36.*

9 At quoad Regulam illam, qua in præsenti Scævola utitur de extinctione ususfructus, ejusque cum proprietate consolidatione, vsufructuario mortuo, ea passim Nostri utuntur ex *l.3.C.de usufr. & §. finitur isti: eodem*, unde si proponeretur Titium certæ rei, Sempronium reliquorum bonorum omnium usumfructuarium relictum, Cajo hærede instituto. Si Titius postea decedat, finietur ususfructus eidem relictus, atque non ad Sempronium, licet vniversalem usumfructuarium, sed ad Cajum hæredem, penes quem rei proprietas est, perveniet: ut asseverant *Decianus cons.51.vol. 1. Berous cons.141.vol.2.* sed non idem *Pragmatici* esse volunt, si testator non uni distin-

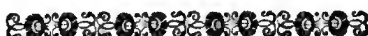
10 ctè rei certæ, alteri reliquorum bonorum vsūsumfructum reliquisset: sed indistinctè plures vsusfructuarios suorum bonorum fecisset, vel si ita eos quis in contractu constituisset, his enim casibus pars deficientis, non ad proprietarium, sed ad consocios usufructuarios pertinere. *Cancerius* adnotat, *Variar.par.3.c.22. de jure accrescendi num.122.*

11 Illud sanè insolens est, quod *Pragmatici* in observandis testatorum verbis, illisque pensitandis, vel ipsis *Scævola*, & *Claudio* religiosiores videri volunt, dum sequuti eos, qui melioris sunt notæ apud ipsos, *Mauticam* nēpè de *Preteis*, & similes qui de hac re in diffusis voluminibus tractaot. nedum ad hanc legem ex *Bartolo*, ut suprà dictum est; adnotant verba testatorum esse intelligenda semper uti pro-

prolata cum effectu operandi, ne dispositio reddatur inutilis, quasi in hac lege non videant, quod verba illa testatricis (*ad filios meos pertineat, vel ad eorum superstitem*) tamquàm inutilia, & sine effectu à J.C. reliquuntur, dùm non ex fideicommisso, sed ex natura usufructus, ad proprietarium pervenire il-
12 lum voluit. Sed ulterius progressi, si mater simpliciter administrationem bonorum filiorum institutorum, Patri prohibuisset ex hoc, eundem privasse usufructu hæreditariorum bonorum, quinimmò, & commoditate, contendunt cum *Boerio dec.* 193. *Mastrillo dec.* 59. quibus adhæserat priùs *Reg. de Marin. quotid. resol.* 1. *cap.* 365. *n.* 15. Sed postea viso *Fontanell. de pact. nupt. tom.* 1. *claus.* 4. *Glossa* 7. *par.* 3. *num.* 24. *& seq. & tom.* 2. *Gl.* 1. *par.* 3. *cl.* 4. *num.* 42. mutavit sententiam in *lib.* 2. *c.* 128.
13 *num.* 2. ubi an in totum, idest etiam quoad legitimam possit mater prohibere, ne vsusfructus patri acquiratur, & quid in materia Neapolitanæ consuetudinis dicendum sit diffusè tractat.

14 Porrò ex nostris adhùc sunt qui facilè crederent *Fabro* potuiße matrem invicem portionis hæreditatis repudiandæ portionem vsusfructus filijs relinquere, hancque dispositionem utiliorem illis esse posse; Nàm sunt, qui credunt quandoque magis utilem usumfrumctum esse, quam ipsam proprietatem edocti à *Gl. in l. omnium D. de usufr. Ripa in l. fœmina C. de secundis nuptijs*, & à *Franco dec.* 483. *num.* 19. Sanè si verus est calculus ille, qui desumitur ex Emilij Macri responso in *l. hæreditatem* 98. *D. ad l. falcidiam*, & de quo meminit *Covar.* 3. *varias cap.* 9. *n.* 8. *& Molina de hispan. primog. cap.* 19. *n.* 39. certè quod vsusfructus utilior esse ipsa proprietate poterit, si de existimatione illius agatur; nam si fingas usumfructum prædij relictum, quod prædium cum centum valeat in proprietate, decem singulis annis in fructibus possessori reddat, cum is qui proprietatem habet, centū habeat legatarius qui usumfructum si non adhùc triginta ānos habeat per alios triginta annos tercentum habiturus est, & si de existimatione tractetur tercentum usufructus existimabitur iuxta *d. l. hæreditatem*.

15 Denique, cnm in hac lege propositū fuerit legatum usufructus bonorum matri factum, dubitatum quandoque in foro est, an si quis non alia bona habeat, quàm ea, in quibus aut ex lege investituræ, aut dispositione statuti masculi de familia successuri sint, instituat quidem ipsos, fratrem videlicet, aut nepotem, sed matri suæ omnium bonorum hæreditariorum usufructum legaverit, an in quam, hunc rectè disposuisse dicendum sit, & an legatum valiturum? Et frequentius in ea observatione itum est, quam *Picus* intulit ad *l. Titio §. Titio D. de leg.* 1. ut uideatur, an simpliciter usumfructum matri testator legasset, an verò in causam alimentorum, & siquidem simpliciter inutile erit legatum, non item si in causam alimentorum, & ità *Bald. in cap.* 1. *col.* 4. *de successione feudi* sentijt; quamvis contrà videantur facere, quæ consulit *Dec. cons.* 485. *col. penult.*



CAPVT XII.

De explicatione tex. in l. 1. C. de hæred. tutorum.

SVMMARIVM.

1 *Quid Cujacius sentit, & de illius ad citatam l. 1. emendatione*
2 *Contraria Fabri sententia.*
3 *Quibus probatur Cujaciana emendatio.*
4 *Fabri Responsiones.*
5 *Diluuntur.*
6 *Explicatur l. non similiter D. de mag. conven.*
7 *Quadam ad l. 1. C. de mag. conven.*
8 *Obiectio.*
9 *Resolvitur.*
10 *Explicatio illorum verborum (nisi lucrum captatum.*
11 *Vera lectio ex Græcis.*
12 *Confirmatur ex Justiniani loco in §. 1. instit. de perpet. & tem. act.*
13 *Pragmaticorum sententia circa hanc legem.*
14 *Tutores non exigent lucrum si negligenter versati, vel in dolo.*
15 *Quomodo Pragmatici explicant l. 1.*
16 *De tutoribus ipsis.*
17 *Culpa non præsumenda in tutore.*
18 *De actione de dolo, & an transeat in hæredes.*
19 *Quid de pœna obligationis stipulata, & incusata penes acta curia?*
20 *An civiliter pro ea an verò criminaliter agatur.*

1 Jacobus *Cujacius observ.* 13. *cap.* 39. dum hæredem ex levi defuncti culpa teneri voluit emendandam lectionem *l.* 1. *C. de hæred. tutor.* scripsit, legendumque in ea, sublata negatione *hæredes tutorum ob negligentiam, quæ lata culpa comparari possit, condemnari oportere*; sed *Faber* in præsenti (alioquin in emē-
2 dandis legibus promptissimus) prædictam reijcit, & *Cujacium* mordet quando illum nō
3 levibus rationibus motum constat; nam primò *Basilicorum libri*, qui in emendando Codice, cujus exemplar incontroversæ fidei, ut Pandectarum, adhùc non habemus, maximi

sunt

ſunt adiumenti, & maximæ authoritatis:
hoc teſcriptum, de quo agimus abſque nega-
tione habent. Secundò; ratio illa emendatio-
nem ſuadet, quam poſt ipſum *Cujaciũ Dion.
Gothofredus* notavit, nempe quod cum in iure
cautum ſit, ut hæredes tutorum, ex ipſotum
contractu teneantur, par eſt, immò multò
juſtiùs etiam ex levi culpa eos teneri. Tertiò
facit quoque, quod cum legamus in *l.oſtendi-
mus* 4.§.1. *D.de fidejuſſ: tutorum*: non teneri
hæredem ob propriam negligentiam; jàm
intelligimus viceverſa teneri ob negligentiã
defuncti, atque hoc eſt, ob illius levem cul-
4 pam obligari. Et quamquàm *Faber* ad hunc
ultimum, reſpondeat, ſic *Vlpianum* in citata
l.oſtendimus, interpretandum, ac ſi dixiſſet:
nedum non defuncti negligentiam, ſed nec
5 propriam hęredi imputandam eſſe; attamen
hujuſmodi expoſitio non benè ad J. C. verba
adaptatur, in quibus particula planè teſtrin-
git, quod dictum erat de non imputando ad
negligentiam, & dumtaxat propriæ hæredem
liberum facit, non etiam defuncti; alioquin
ſcripſiſſet J.C. (*ne quidem propria*,) & non ut
ſcripſit *planè propria*, *&c.*
6 Hinc quod ſcribitur in *l.non ſimiliter* 4. *D.
de mag.convend.* (*nàm nec hæres tutoris negli-
gentiæ nomine tenetur*) de negligentia ab ipſo
hærede admiſſa, explicandum omninò eſſe
conſtat, & quamquàm in hęredibus Magiſtra-
tum, quidquid alijs placeat, videatur liben-
tiſſimè admittendum, non teneri eos, niſi de
lata defuncti culpa; non ità *Vlpianus* in citata
*l.*4. docet, & in *l.quoad hæredem* 6.*D. eodem
tit.* Non tamèn per hoc ſequitur, idem pariter
dicẽdum eſſe de hæredibus tutorũ; nàm diffe-
rentia aperta eſt, eo quod ſciunt omnes ra-
tione ſui officij minùs obligari Magiſtratus,
quàm Tutores, ideoque leges mitius cum eis,
quàm cum tutoribus agere, & quamquam tũc
ęquiparentur cum proponitur latam culpam
à defuncto fuiſſe admiſſam, nõ ideo in omni-
bus æquiparandos eſſe, jura volunt; ut perpe-
ram *Faber* credidit *n.*3.
7 Sed & ſi ea, quæ hic *Faber* attulit ad ex-
plicationem hujus *legis* primæ protrita, &
vulgaria ſint, illud tamèn fatendũ eſt, quod
ſi receptam lectionem ſequamur, vix erit, ut
à pleriſque difficultatibus nos explicare poſ-
ſimus; Et ſanè cum proponant Imperatores
prius Regulam, quod non oporteat condem-
nari hæredes tutorum ob negligentiam, quæ
non latæ culpæ poſſit æquiparari, dum de-
indè exceptiones illas ad Regulã ſubijciãt, ſi
non contra tutores lis eſt inchoata, niſi
ex damno pupilli lucrum capiat, aut gra-
tia præſtitit; quis non videt, quod cum
hæ exceptiones ad dolum pertineant, imper-
tinentèr ſubijciantur quando de negligentia
ſolum ſermo erat.
8 Neque replicabis, quæ mox excepta ſunt
non eſſe exceptiones, ſed ipſiuſmet Regulæ
declarationes, & interpretationes; nam, & ſi
9 ego id admittam, volo tamen, ut ſcias excep-
tiones omnes nil aliud eſſe, quàm regulę tra-
ditæ, declarationes, & explicationes, atque
ità de nomine tantum controverti. Cæterùm
ſi *Fabri* expoſitionem ſequamur, non tàm il-
lę exceptiones, aut declarationes traditæ re-
gulæ, quàm inculcationes, & Repetitiones
eiuſdem forent, & quod pejus ſub particula il-
la exceptiva *niſi* propoſitas.
10 Porrò illa verba (*niſi lucrum captatum*) non
ità explicanda ſunt, ut propoſitã regulã de-
ſtruant, ſed ita ut ad factum ab ipſis hæredi-
bus referantur; aùt de lucro ab ipſis captato,
non de lucro captato à defuncto ea intelliga-
mus. Unde rectè *Baſilicorum libri* habeant, *vel
lucrum ad eos pervenerit*, ideſt hæredes, ut
Scholion adnotat lit. I. quãquam *Talalens* Ca-
topode nimiùm inſiſtens alitèr ſcripſerit.
11 Igitur quiquid alij ſibi velint multò me-
lius erit ſi *legẽ* hanc ita cum *Græcis* ipſis lega-
mus, ac ſi ſimplicius ſcriptum foret: *hæredes
tutoris ex lata culpa condemnari non debent,
niſi lis conteſtata ſit cum tutore, vel lucrum ad
eos pervenerit, vel alteri per gratiam præſtiterit
tutor*; nàm hac lectione admiſſa, omnia pla-
na, & perſpicua fient, ut & doctiſſimus *Hu-
bertus*, *Giſanus* ſentit in comment. ad *Codi-
cem ad hunc locum.*
12 Hæc autem omnia, quæ dicta ſunt confir-
mari poterunt ex *Triboniani*, ſiue *Juſtiniani*
loco *in* §.*pro inſtit.de perpetuis, & temporali-
bus actio*: nam ibi ait *aliquando etiam ex con-
tractu actionem contra hæredem non competere,
velut cum teſtator doloſè verſatus eſt, & ad hæ-
redem ejus nihil ex dolo pervenit*: ità non ob-
ſcurè innuens, alitèr eum dixiſſe, ſi aliquid ad
hæredes perveniſſet; tùnc enim agi adversùs
ipſos poſſet; quem ſenſum retinebunt adhuc
Triboniani verba, & ſi particulam illam (*ve-
luti*) cum *Fabro* diſoungeres; Ea vero quę ſe-
quuntur *ſane uno caſu evenire*, & ſi variè à
noſtris, & præcipuè ab Inſtitutionum Inter-
pretibus explicata mihi videntur non tàm
anxiè, & ſtrictè accipienda eſſe, ut unum dũ-
taxat, & unicum caſum in quo id eveniat aſ-
ſignent, quando aliunde conſtat plures eſ-
ſe caſus; ſed ità, ac ſi ſcriptum, ex una cauſa,
ex una ratione, id evenire, cum enim id eve-
niat in pluribus caſibus, quia, tñ ex una cauſa
evenit, & ex unica illa ratione quia ad hære-
dem non pervenit lucrum videtur uno caſu
evenire; nam in ſumma in eo caſu evenit in
quo hæres lucrum non habuit.
13 Sed *Pragm.* aut *Fabro* aſſentiuntur, vel idẽ
quod Faber poſteà ipſi olim ſentière, ſiquidẽ
tutoris hæredes, nequaquam ex levi tutorum
culpa teneri contendunt, niſi lis inchoata,
aut

aut lucrum hæredes ipſi ſentijſſent. Sicque intelligendam volunt hanc in *l.1.* poſt *Bartolum, & Baldum in Comment. ad ipſam, Gutterium in tractatu de tutelis par.2.cap.16. n.9. & Paulum Montanum de jure tutelarum cap. 33.num.36.& cap.39.num.50.*

14 Adijciunt etiam, quod non debeatur tutori, aut ejus hæredibus ſalarium conſtitutum, aut pars illa fructuum, quam ſtatutum tribuit, & in Hiſpanijs decima eſt ſi tutor ipſe de dolo, negligentia, aut lata culpa arguatur. Hæc enim ei objecta faciet ut juſtè lucro, & ſalario privetur, ut cum *Cavalcano* notat *Eſcobar. Mugnoz de ratiocinijs cap.70. num.33. Baeza de decimis cap.13.num.5.*

15 Ulterius Noſtri ad explicationem *legis 1. C.de magi. conveniendis*, devenientes ità textum intelligunt, ut velint dictos Magiſtratus hæredes, non teneri ex levi culpa, ſed ex lata dumtaxat, poſt *Salicetum* ſimileſque Repetentes in *l.non ſimiliter D.de Magiſtratibus conveniendis*, & ad *l.1. C.de hared. tutorum.* Concedunt tamèn Minoribus in ſubſidium regreſſum adverſus Magiſtratum ipſum, qui tutores dederat, ſicut & contrà fidejuſſores pro indemnitate acceptos, cum *Doctoribus in l.conſtitit, D.de pœnis Jud: Hartamano Piſtorio in Miſcellan. quaeſt.8.num.22. Flaminio Cartario deciſ.116.num.7.*

16 Porrò quoad tutores ipſos attinet, fatentur omnes quod etſi alias de levi culpa teneantur, attamen in duobus caſibus non tenebuntur, niſi dumtaxat de dolo, & lata culpa: cum faciunt ſcil. emptiones prędiorum ad minorū utilitatem; & cum verſantur in exactione pecuniarum ipſis Minoribus debitarum, *Gratianus diſceps. forenſ. cap.125. de Ponte conſ.37. lib.1.* Citrà autem hos caſus, & ſi nedum de dolo, & lata culpa, & de levi eos teneri conſtet, non tamen idem dicemus de leviſſima. *Antonius Piaggius in tractatu de tut. & curat. q.9. n.13.* alijque, & noviſſimè *Regius Conſ. Staibanus reſol.1. reſol.89.* ubi quoque, & quæ levis, quæ leviſſima culpa dicenda ſit, aptiſſimè ad praxim docet, & in *obſer.* ad eandem *reſolut.* 89. plura affert, ex quibus dignoſci poſſit, quando tutori pecuniam apud ſe pupilli habere non liceat, debeatque; eam in Emptiones ſtabilium, aut annuorum cēſuum

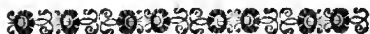
17 implicare, fatetur tamen idem *Staibanus n.14. ex Gratiano cap.125. & cap.668.* culpam etiam in tutore, ut in quolibet alio, non eſſe præſumendam, ideòque ab eo, qui allegat probandam eſſe, & nedum in genere, ſed in ſpecie, & facto, de quo agitur.

18 Inſuper hujus legis occaſione, de dolo & quatenùs actio doli in hæredes tranſeat diſſerere *Pragmatici* ſolent, & magis communitèr diſtinguere, & obſervare, utrum judicium reale in hæredes transferatur poſt litem conteſtatam cum defuncto, an verò ante litē conteſtatā; & ſiquidem poſt litem conteſtatam, in hoc caſu teneri hæredes de dolo, & culpa defuncti concludunt, non item ſi ante litis conteſtationem, niſi in quantum hęredes ipſi fuiſſent locupletiores effecti *l.ſi in rem 51. D.de rei vindicat. l.toties 45. D. de reg. juris,* quando ſi actum fuiſſet actione ex contractu deſcendente, non attenderetur quatenus, etſi forent hæredes locupletiores effecti, nam ad ſolidum tenerentur *l. ſi hominem 7. §. datus D.depoſiti l.ex propoſito 11. D.de actionibus, & oblig. Accurſius in l.ſi ad ea 199.D.de reg. juris Tepata ſentent.1.ſub tit. de dolo malo.*

19 Quod autem de dolo actio arbitraria ſit, & infamiam irroget condemnato, eſt in cō feſſo apud noſtros. Unde ad hoc ut infamiam conventus effugiat, conſulunt, ut ante condemnationem reſtituat cum *Menochio de arbitr.lib.1.quaſt.5.n.3.* Sicut & in confeſſo eſt, dari exceptionem de dolo, ut advertit *Maranta in ſpeculo par.6.tit.de except.oppoſ. n.20.* Eamque adverſus ſingularem ſucceſſorem non habere locum, niſi in quibuſdam caſibus *idem* ſcribit *num.24.*

20 Denique & illud adnotare libet, quod & ſi dolus, & negligentia defuncti in his, quæ diximus in hæredes tranſeant, an idem dicendum ſit de pœna fiſco debita, quæ calore Judicij in obligationibus penès acta ſtipulatis, imponi ſolet Reis, & an ſi fuiſſet à defuncto contracta, hæredes eam deberent? magna eſt inter noſtros contentio, & ſanè ſi ea, quæ perpenſa fuere expendere ad hanc rem velis, teneri hæredes ipſos ad pœnam affirmare oportebit, quoniam defunctus in non ſolvendo quod debuit, (unde in pœnam incurrit) certè, aut in culpa, aut ad minùs, in maxima negligentia fuit, quam judicij calor, & autoritas, & ipſius penę adjectio graviorem reddidit, unde impunita, vel apud hæredes eſſe non debet. At ſi hæc tanquam à *Pragmaticis* non animadverſa omittas, & affirmativam adhùc ſententiam, ſed ex allata ab ipſis *Pragmaticis* ratione ſequaris cum *Galterio in praxi inſtrum.rubr.(advertat inſuper ad debitorem, nu.34.* adverſus illam plura obſtabunt; unde conſtabit, tutam undequaque non eſſe, quoniam ſi dicas ideò hæredem teneri; quia agi ex pœna adversùs hæredem civilitèr poteſt, unde hanc adversùs ipſum incuſari dicebat *Afflictus deciſ.381.num.9.* In Juris terminos impinges; Etenim cum pœna hæc fiſco applicetur, & ſi pecuniaria ſit, non poteſt civilitèr agi, & civilitèr incuſari; juxtà Regulam *l.agraria D. de termino moto*, nàm criminalitèr agitur, cum fiſco lucrum infertur; Rursùs ſi *Ritum* attendamus noſtræ *Magnæ Curia*, adhùc quia pœna prædicta ex perjurio admiſſo à debitore corporis afflictiva fuiſ-

fuisset, & si postquàm in pecuniariam versa, ut advertunt nostri cum *Franco in decis. 366. num. 15. & Caravita num. 109. num. 1. & 171. num. 22.* dicendum erit, agi in judicio, in qua ea imponitur, criminaliter; ut concludit omninò legendus *Doctiss. Consiliarius D. Carolus Preta in suis luculentissimis Commentarijs ad Ritus Magna Curia*, id quod ex eo quod hujusmodi pœnæ fisco applicatur, & ex periurij delicto nascuntur, scripserat jamolim, ut certum *Afflictus* in Regni *Constitutione varietates pœnarum num. 6. & sequ. sub tit. de injurijs Curialibus lib. 3.* igitur si ità est, malè *Pragmatici* cum eodem *Afflicto* dicunt agi pro his pœnis civiliter posse adversus hæredes, & pessimè cum *Galterio* adversùs ipsos exequi affirmant. Et hæc sanè considerare debuerat *Gaitus de eredito cap. 3. tit. 2.* nàm ex his vidisset *Galterij* sententiam nô tutam, idve nedum qui ea in praxi non admissa teste *Frecia*, sed quia de censura Juris non admittenda. Hinc qui dicunt hæredes defunctorum, ligari illorum juramentis quoad observantiam, at non quoad pœnam rectè dicunt ex *Gabrielio eum concl. lib. 6. concl. 11. Amendola ad Francum decis. 1 num. 63.* & ex horum dictis etiam ad rem concludetur, hæredes non teneri in proposito ut diximus.



CAPVT XIII.

De explicatione l. Papinianus 7. §. fructus D. sol. matrim.

SVMMARIVM.

1 *Quid de hujus legis explicatione egere.*
2 *Sententia, & explicatio Fabri quam novam pollicitus est.*
3 *Objectiones adversus eam, & primò quod vetus sit.*
4 *Quod Papiniani verbis repugnans.*
5 *Quod salvari non possit, si ad assem tota quantitas redigatur.*
6 *Quod puguet cum alijs J. Consulti verbis.*
7 *Quod sit iniqua.*
8 *Quid tradiderint de hac l. Papin. §. fructus sive l. divortio D. sol. matrim. vulgares interpetres, & sequaces Pragmatici.*
9 *Contra.*
10 *Quid dicendum in matrimonio soluto apud nos quo ad torum.*
11 *Respons. ex generalibus Regulis: à die litis contestate.*
12 *Quid ex Papiniani distributione, & facti circumstantijs.*
13 *Ex aliorum dictis à die litis mote.*
14 *Quid in Fructibus bonorum antiquorum Agnato debitorum.*
15 *Quid de Fructibus feudi ad dominum devoluti.*
16 *Quid si feudum ad agnatum perveniat.*

1 Fructuum divisio illa, quam inter virum, & uxorem soluto matrimonio *Papinianus* fecit, ut refertur in hac *l. fructus 7. §. Papinianus D. soluto matrimonio*, magnas fecit divisiones, & ferè omnes interpretes cruciavit, ut videre est apud *Julium Pacium in Enantioph.*, *Alexandrum Turaminum in libello singulari* in hanc legem, *Joannem Dominicum Martucium explanat: Juris lib. 2. cap. 71.* & similes; agitavit etiam & nos eadem divisio, qui aliqua, nec improbabilia de ea diximus in *suspicionum libris.*

2 Sed *Faber* hic novam explicationem pollicitus, speciem fingit in hunc modum, ut vindemiæ fructus aureos duodecim valere, totidemque aureos locatum fundum supponat. Ex his autem summis coacervatis, quæ viginti quatuor aureos continent, tertiam partem, idest aureos octo relinquit marito, & reliquos sexdecim ad uxorem spectare concludit.

3 At adversùs hujusmodi divisionem, & distributionem plura sunt, quæ opponi possunt; & primò quod constituendo vindemiæ fructus ejusdem esse valoris cum mercede locationis, non novam explicationem affers, sed veterem, & protritam, & à *Socino* jam traditam, & confundendo totam vindemiam cum integra mercede locationis, id ipsum dices, quod *Connanus* dixerat *8. comment. cap. 10. num. 8.* alijque passim.

4 Secundò ità explicando sivè ex nova, sivè ex veteri ratiocinatione semper cum *Papiniano* pugnabis, dum æqualis valoris vindemiam, cum locationis mercede constituis, quando, cum ipse *Papinianus* disertè fundum in dotem datum, non vineam proponat, adeòque corpus, in quo sit quidem aut vinea, aut vites à populis altè pendentes; sed sit etiam ager in quo messis, ut ostenditur ex verbis in sequenti §. *Item si messis*; non potest salva illorum sententia ejusdem valoris supponi vindemia, quæ tantummodò ex uvis pervenit, quo merces locationis, in qua nedum eadem vindemia, sed & messis quoque comprehenditur, & non earum alteram, sed utramque, pretio æquare debebit.

5 Tertiò, cum quantitatem ad assem reducere opus sit, non poterit ex mox adducta ratione, duodecim aureos Assis vindemiæ valere, & totidem aureos Assis locationis, in quo vindemiæ, & messis continetur valor; ideòque

E non

non potest ex viginti quatuor aureis, Octo, marito relinqui, & facere æqualem aureorum numerum, qui inæqualis esse debet, unde potiùs, sex aureos vindemiam valuisse, duodecim ex locationis mercede, pervenisse dicendum foret, & ex his quæ decem, & octo sunt, sex retinere maritum.

6 Quartò obstabunt, & reliqua verba J. C. quibus exprimitur non totam mercedem, ut *Faber* facit, sed quartam dumtaxàt ejus partem confundendam esse cum mercede locationis, ibi, *vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt.*

7 Quintò denique obstabit, quod ità facta divisio iniquissima erit; nàm cum matrimonium tantummodò pro tertia parte unius anni stetisset, facit ut maritus tertiam partem fructuum duorum annorum lucretur, atque ita etiam illorum mensium, in quibus matrimonij onera non substinuit.

8 Sed cum non placeat *Fabriana* expositio, disquiramus an rectior illa sit, quam vulgares Interpretes tradidère; dum dicunt fructuum divisionem inter virum, & uxorem, aut eorum hæredes, faciendam esse non ex die locationis fundi, sed ex die, qua in dotem datus fuit, ut *Bartolus, Baldus*, & *Jason* ratiocinantur, unde in foro id ipsum servandum volunt *Oldradus cons.* 112. *Hartamanus Pistorius miscellan. par.* 1. *q.* 24. *nu.* 8. *Covarr.* 2. *variar. c.* 16.

9 Sed horum sententia quamquam verissima sit, cum quomodo id fecerit *Papinianus* sua in illa distributione non explicet, in ijsdem difficultatibus nos relinquit.

10 At cum hodie divortio locus non sit, & matrimoniū non quoad vinculum, sed quoad Torum utroq; conjuge vivo separetur, idq; solum possit ex Pontificijs Sanctionibus, ita jubentibus Christo D.N. auctore, solet frequentiùs quæri, an fructus dotis à marito restituendi veniant à die litis motæ, an verò à

11 die litis contestatæ? & quidem si Juris generales inspicias Regulas, donèc lis contestetur maritus bonæ fidei possessor dicendus erit, adeòque fructus suos faciet juxtà notata à *DD. in l. qui scit* 23. *§. bonæ fidei D. de usuris*, *& ad l. bona fidei* 48. *D. de adquirendo rerum dominio*, & juxtà ea, quæ scripsère *Afflictus decis.* 59. *Peregrinus de fideicomm. art.* 49. *num.* 146.

12 Sed si *Papinianeam* suprapositam distributionem exequendam velimus, id ex facto pendebit, & ex tùnc maritum non ampliùs lucrari fructus dotis dicendum erit, ex quo cæpit marrimonij onera non substinere, ex quo scil. uxori suæ, familiæque illius, alimenta non præstitit, & ità sentire videntur plerique post *Baldum in Rubrica C. de privil. dotis*, *& Lupum in Repetitione cap. per vestras* §. 3. *n.* 3. *de donat. inter virum, & uxorem.*

13 Verùm enim verò Nostris neutrum placet, dùm à die motæ litis fructus restituere maritum debere contendunt cum *Surdo de alimentis tit.* 7. *q.* 25. *Ozascho decis.* 124. *Thesauro decis.* 45. *nu.* 3. *Gratiano discept. forens. cap.* 857. *num.* 21. *Valenzuola cons.* 41. *num.* 58. *& cons.* 144. *nu.* 53. *Rota in novissimis decis.* 383. *nu.* 36. *Farinacio decis.* 706. *& Cavalerio decis.* 576. alijsque, qui omnes credunt ex die litis motæ constitui maritum in mala fide, quod *Sacrum Neapolitanum Consilium* judicasse *Thorus* refert *in Compendio par.* 3. *ver. fructus dotis restituende.*

14 Hoc ipsum, & in fructibus bonorum antiquorū ex consuetudinis Neapolitanæ providentia, ad agnatum perveniendorum, servandum quidam ex Nostris asseverant; nàm volunt, bona ipsa antiqua sivè eorum medietatem proximiori agnato præstandam esse, una cum fructibus, Et a die motæ litis, ut apud *Franchum videre est decis.* 374. quamquam addentes ibidem, & præcipuè *de Luca num.* 7. sicut & *Censalis* ad *Peregr. art.* 36. jàm receptum notent, quod à die mortis debeantur. vide *Thorum ubi supra in verb. fructus bonorum antiquorum.*

15 Porrò occasione sumpta ex hac *l.* illud etiā à *Pragmaticis* tractari solet, quomodo vassallo mortuo, atque feudo ad Dominum devoluto, fructus pendentes inter hæredes vassalli defuncti, & Dominum sint dividendi; & distinguendum esse meliores volunt, videndumque an mortous vassallus fuerit in mense Septembri, vel in sequentibus usque ad Martij Calendas, an verò post ipsas Calendas Martias, & deinceps, usque ad mensem Septembris: nam primo casu fructus omnes ad dominum spectare volunt; secundo autem casu fructus omnes ad hæredes defuncti pervenire, & ita in praxi receptum testatur *Capycius* in Investitura feudali in ver. sed fructus *de Ponte cons.* 12. *num.* 3. *Theodorus alleg.* 21. *num.* 4. *Rovitus ad pragm.* 4. *de feudis Barbatus de divis. fructuum par.* 2. *cap.* 4. *Marescottus Variar.* 1. *cap.* 64. alijque. quod si quis pleniorem de hac materia cognitionem desideret, & quid etiam de pensionibus domorum, affictuum, molendinorum, herbagiorum emolumentorum actuariatus, & similium dicendum sit, scire velit, adeat *de Franchis decis.* 572. ejusque Additionatorē *de Luca*. Item adeat *Vivium in sua illa decis.* 8. *Morosium, & Costam*, ex quibus *Riccius quoque in addit.* ad citaram *Franch. decisionem*, *Fabium de Anna in sua collect.* 173. *& Gizzarellum decis.* 33. *& sequenti*, ubi Addentes.

16 Sed si feudum oon ad Dominum, sed ex lege investiture ad proximū Agoatum pervenerit suprapositæ distinctioni locum non esse; sed simpliciter dicendum, quod ad hæ-

redes

redes defuncti feudatarij fructos spectant. Concludunt *Peregrinus de fideicomm. art.49. num.208.Fabius de Annaconſ.20. Regens de Ponte in Rubr. de ſucceſſ.feudi lect.14.num.22. & Riccius deciſione Archiepiſcopali 99. par.2.*

17 Quod si feudum ad uxorem spectantem, maritus extra dotem habuisset, facto casu restitutionis; nedum ipsum feudum, sed & fructus tamquam bonorum paraferoalium restituet, aut ejus hæredes, ut notant *Minadous conſ.5. num.13. Theſaurus deciſ.187. num.5. de Laur.deciſ.Avenion.18. Cavagnola deciſ.Mediolan.24.Pellic.ad conſuet. Averſanas cap.3.num.553.*

18 Insuper sicut dotis fructus pro eo tempore, quo onera matrimonij non substinet, vir non lucratur, ità vice versa, uxor si bona mariti loco pignoris pro dote sua, & antephato retinnerit earumdem bonorum fructus non lucrabitur, sed imputabit eos in causam dotis, vel antephati, & si quid superest, restituet, *Affictus deciſ.373.* nam uxor privilegium aliquod in hac re nō habet, sed cōmuni Creditorum Jure in fructibus percipiendis utetur, *Manente deciſ.76. Regius Conſ.Hodierna ad Surdum deciſ.230.num.14.Thorus in Compendio par.3. in verbo fructus perceptos ex bonis retentis per heredes.*

19 Illud quoque adnotatu dignum est, quòd & Canonistæ hac *Papiniani* disttibutione utantur, sed oon ad mentem *Papiniani*; nàm in Clerico, qui beneficium habeat distinguere solent, an (eo defuncto) tractetur de fructibus, quos percipiebat idem Clericus ex ipso beneficio, & tanquàm illius fructos, an verò de fructibus, quos veluti quotidianę distributiones, & in earum vicem ad eum perveniebant, pro mercede nempè servitij, & ministerij sui: & quidem in Primis, si pendentes, & non exactos mortis tempore reliquerit, eos omnes tamquàm vacantes ad Apostolicam Cameram pertinere; nulla facta tempotum divisione fatentur. Secundos verò tamquàm pleno Jure ad defunctum spectantes ipsios hæredes habere sinunt, post *Covarr. Variar. par.cap.13. Rodoanum de ſpolijs quaeſt.1. & 3. Gonzales ad Reg.8. Cancellaria §.7. proemiali num.162. Azorium de Spolijs cap.3. verſ.9.* At habebunt hæredes, hujusmodi distributiooes quotidianas, si defunctus tempore, quo vixerat, actu intervenisset, præsensque ad injuncta pia opera fuisset; cum alioquin, absentes illis non possunt gaudere, sed præsentibus accrescuot *cap. de caetero cap.cum dilectus 13.ubi Gloſſa, & Repetentes de Clericis non reſidentibus.*

20 Appellatione autem fructuum plura venire Practici affirmāt, & inter hæc lapidicinas, quas si non renascantur esse quidem in fructu. Sed ad fructuarium nequaquam spectare dicebat *Azorius in ſumma par.3.lib.1. cap.16. Barboſa ad hanc legem divortio §.ſi vir D. ſol.matr. Garzia de expenſis cap.33. num.4. & Mele in addit. ad Gizzarellum deciſ.33. & ſequenti num.59.* ubi & quid de Nive, & similibus dicendum sit, & an inter fructus censenda; cæterùm quoad lapidicinas attioet cum alias de illis jam diximus nil aliud hic erit addendum.



CAPVT XIV.

De lectione textus in l. post emancipationem 40. §. ult. D. de leg. 3. & l.ult. D. de usuf. legato.

SVMMARIVM.

1 *De emendatione Pandectarū Florentinarum.*
2 *De lectione legis poſt emancipationem 4. §.ult. D.de legatis 3.*
3 *De lectione legis ult.D.de uſufr.legato.*
4 *Defenditur Florentina lectio.*
5 *Reſponſio ad Fabrum.*
6 *Refutatur idem Faber.*
7 *Explicantur ſequentia verba in verſ.nam ſi.*
8 *Explicantur reliqua legis verba.*
9 *Quid Repetentes ſentiant.*
10 *De quantitate debita ex legato.*
11 *An heres Gravati adverſus fidei Commiſſ. immiſſionem obtineat.*
12 *Limitatur hoc ipſum.*
13 *De Gravato quid poſſit deducere quidve conſumere.*
14 *Ex cauſa neceſſaria poteſt alienare.*
15 *De deductionibus faciendis.*
16 *Ad l.ult. D.de uſufr. legato obſerventur vulgares interpretes, & pragmatici.*
17 *Facta reſtitutione hæres talis non eſt niſi nomine.*
18 *Quid dicitur ſi in hæreditate officium ſit ſive malitia.*
20 *Prima ſententia.*
20 *Secunda ſententia.*

1 QUamvis Pandectarum Florentinarum maxima apud me sit, sicut apud omnes esse debet, authoritas; oon tamèn obstinatè adeò, illarum literæ puto insistendum, ut si quo in loco corrupta, & vitiata evidentissimè appareat, adhùc superstitiosè sequendam velim, & non potiùs ex alijs libris sivè vulgatis, sivè manuscriptis, aut ex ingeniosis conjecturis emendandam restituendamque.

2 Igitur cum in *l. poſt emancipationem* 40.

2 *§.ult.D.de leg.3.* scribendum esse, non ut in
Florentinis, sed ut in Vulgatis, & Noricis
scriptum (*etiam coheredis fideicommissum videri, ut quadrantem, quem in his hortis haberet Seja redderet*) atque ità, ex his Florentinas
Pandectas emendandas *Russardus, & Duarenus* monuerint: standum erit doctissimorũ
virorum monitis, quoniam, & ratio, & contextus id convincunt, nec credendum *Fabro*, qui hoc ipsum, ut propriam conjecturam nobis vendere nititur in hoc capite.

3 Sed non idem dicendum erit de textu in
l.ult.D.de usufr.legato, nec in illo Florentina
lectio ex vulgata emẽdãda erit, ut oblacterat
idem Faber. quippe quod retinẽdam omnino
Florentinam lectionem convincunt, varijs allatis rationibus, *Osualdus ad Donellum comment.10.cap.7.lit.E. Bacevius ad Treval. vol.2.disp.13.Thesi 4.lit.A.& Mar.Linklama Membranarum 2.Egloga 45.ad §.1.* Et sanè vel ab
antiquis temporibus lectionem hujus legis
extasse in omnibus libris etiam vulgatis eo
modo, quo in Florentinis extat, liquet vel ab
Accursio, à quo õnia in p̃senti, mutuatũ fuisse
Fabrum constat sicut, ante ipsum fecisse non
dissimulavit Hotomanus. Ceterũ si *Venulejus*
4 scripsisses *multũ interest, &c.* quod nã erat hoc
multum, subijcere, & exponere debuisset, ut
sanè fecisset si aliquid interesse credidisset.
5 Ergo cum non subiecerit nullamq; differentiam assignaverit dicendum erit, quod non
multum, interest quinimmo nil interest, ipsius
J.C. iudicio.

6 Illud verò, quod *Faber* adnotavit sub *n.8.*
scil. differentiam à *Venulejo* propositam fuisse
illam, quam extare exploratum est inter legatum ususfructus certarum rerum, & legatum vsusfructus rerum generaliter, aut bonorum, planè ineptum est; nàm ineptum facit I.C. qui proponeret, nosque de ipsa, quæ
etiam lippis, & tonsoribus patebat, moneret;
Quis enim est qui non videat aliud esse
legare certorum bonorum, aliud omnium
usumfructum. Ceterũ nõ hanc differentiã nos
exquirimus, & quæ nam sit investigamus, sed
illam inter legatum ususfructus tertiæ partis
Rerum, & ususfructus tertiæ partis bonorum,
& hanc nullam extare intelligimus, vel ex
eo, quod cum in utroque legato universitas
exprimatur per generalem locutionem ex Regula *l.cum autem 9.& similibus D. de legat. 2.*
ex utroque legato æs alienum deducitur, &
si quid in actionibus est computabitur, atq;
ità nihil interest (dũmodò universitatem expresserit) primo nè, vel secundo loquendi
modo testator usus fuerit.

7 Nec sequentia *l.verba à vers.(nam si)* quæ
invertit *Faber nu.7.* alium sensum recipiunt;
nàm particula illa etiam quę subsequitur,
præcedentia cum sequentibus unit, & complicat, facitque ità J.C. loquutum, ut indicaret, etiam ex legato ususfructus tertiæ partis bonorum, æs alienum deducendum esse;
quamquàm etenim plerumque bona, ità accipiantur, ut commoda, & incommoda cõtineant, adeòque universalem successionem
ostendant *l.bonorum 3. D. de bonorum possessione.* Unde Africanus rescripsit in *l.bonorum 208.D. de verborum significatione*, bonorum,
appellatione, sicut hæreditatis, non singulas res demonstrari, sed universitatem, & jus
successionis, atque ità etiàm onera: Attamen, quoniam jam constabat appellationem
bonorum duplicem esse, alteram scil. civilem,
alteram naturalem, & secundum hanc testantium verba intelligenda, & explicanda esse,
(relicta prima significatione ad Prętorũ edicta, & similes leges) receptũ, nã quo ad hominũ existimatione bona dici non possunt, quæ
plus incommodi, quam commodi habeant
l.propria 38.D.de verborum significatione. Et
insuper, quoniam constabat bona dici, quæ
deducto ære alieno supersunt *l.mulier 32.
D.de iure dotium l.cum emancipati 25.§.1. D.
de collat.* unde non idem erit pars hæreditatis, ac bonorum pars, ex *l.si quis §.ult. cum l.
sequ.D.de leg.2*, visum est *Venulejo*, Cui, & hęc
omnia constabant, asserere, nihil interesse,
an legatus fuerit ususfructus tertiæ partis Rerum, an verò tertiæ partis bonorum, quoniã,
8 utcumque æs alienum deducendum erat. Itaque rectè scripsit. (*nihil interest utrum bonorum an rerum tertia partis usumfructum
legaverit*, & adiecit rationem; *nam si bonorũ
usumfructum legaverit etiam as alienum ex
bonis deducetur*) hnc autem cum dixisset
idem J.C, ad tertiam speciem transit, & ait.
(*at si certarum rerum ususfructus legatus, non
idem observabitur*) sed in hac specie veluti de
rę magis clara, ei sufficit admonuiße non
idem servandum, quoniam certarum Rerum
non Universitatis legatum erat.

9 Sed si quis Repetentes, eosque, qui in foro
versantur, quid ad hæc duo jura, de quibus
Faber, adnotaverint, scire velit eorumque cõmentaria investigare, inveniet; Eos quoque vulgatam, receptamque lectionem sequi
in *l.post emancipationem 4.§.Sejam D.de leg.3.*
& ex ea cum *Bartolo*, & sequacibus ibidem, &
ad l.cum pater 77. D.de leg.2. deducere, quod
jussus corpus aliquod retinere, p̱ parte sua habebit petitionem pro cohæredum portione,
si corpus illud in specie, vel quantitate consistet; At si non corpus, sed portionem aliquã
fuisset retinere jussus, hanc portionem ex parte sua hæreditaria tantummodo poterit retinere, secundum ejusdem *Bart.* doctrinam, &
Baldi in l.deducta §.nummis, ubi etiam P. Castrensis D.ad Trebell. quod si quantitas non
corpus aut portio fuerit legata, quomodo solven-

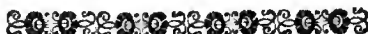
10 venda, & unde deducenda sit Conjecturis,
eisque varijs assequendum voluère *Menoch.* 4
præsumptionum præs. 128. & de *Pretis de in-
terpr. ult. volunt. lib.* 5. *fol.* 5. quos cæteri se-
quuotur.
11 Ex eo autẽ, quod in hac *l.* de qua agimus
de Seja gravata restituere, Retentis hottis,
mentio fiat. Solent *Pragmatici* disquirere, an
aliqua ex causa hæres Gravati, adversùs fidei-
commissarium Res esse fideicommisso obno-
xias allegaotem, & sibi debitas, immitten-
dus, aut maoutenendus in possessionem ea-
rum sit, etiam ex edicto Divi Hadriani adeo-
que ut nostri loquuntur, præambuli decretum
in bonis etiam quæ dicuntur fideicommisso
subiecta, gravati defuncti hęres obtinere pos-
sit, reclamante fideicomissario; & frequen-
tius receptum est, ut Fideicõmissarius antè re-
stitutionem saltem verbalem non sit legiti-
mus contradictor ad impediendum hæredem
gravatum, ne immissionem obtineat, ut scrip-
sère *Bartolus, Angelus, Imola Castrensis ad l.
filiam fratribus D. ad Trebellionem. Dec. cons.*
424. *num.* 14. *Ludou. dec. Perusina* 47. *num.* 14
& Peregr. de fideicomm. art. 47. *n.* 73. Ea nimi-
rùm ratione, quod fideicommissum quam-
vis ille justissimè petat, attamèn à manu cer-
ti, & liquidi hæredis accipere oportet: at
hic hæres certus liquidusque, non alius,
quam vel ipse gravatus, vel ipsius hæres est.
Capyc. Latro consult. 147 *lib.* 2. *de Marin. quo-
tid. res. lib.* 2. *c.* 88. *n.* 3. *Andreolus controv.* 23.
num. 24. *& contra* 63. *num.* 14. *& controv.* 69.
nu. 11. *lib.* 1. sed vide *Arg. de leg. cõtr. ar.* 5. *q.* 9.
12 Verùm hoc limitandum ijdem voluot, si
fideicommissum Rei particularis fuisset, cjus-
ve rei restitutioni obnoxię, jam fideicommis-
sarius consecutus possessionem fuisset, nam
hoc casu, manutenendus erit etiàm adversus
ipsius gravati hæredem, immissionis hæredi-
tatis nactum, & hanc rem particularem pe-
tentem, ut *Cap. Latro docet. dec.* 208. ubi *Giz-
zius* quoque in observatione.
13 Ad hæc si gravatus quis fuerit de restituen-
do quidquid supererit, an, & quæ deducat,
quæve ritè, justève possit consumere de bonis
hæreditarijs, pluribus disquisitum est, ut vi-
dere potes apud *Martam de successione le-
gali par.* 4. *qu.* 12. *art.* 8. *Fusar. de substit. q.* 145.
Cavalcanum decis. 13. *num.* 27. *par.* 3. cum ta-
mèn non desint, qui vel abutendo, posse gra-
vatũ alienare hæreditatis bona ad dodrantẽ
usque contendaot, reclamantibus Cæteris,
qui id non licere pro libito, & animo inter-
vertendi fideicommissi, sed si ita conveniat
mordicus tenent, ideoque hæredem gravatũ
bona fide se gerere in hac re debere notat *Fu-*
14 *sar. loco cit. cap.* 1. *&* 2 Sanè si causa urgens, &
necessaria eò impelleret, posse gravatum etiã
ultrà dodrantem alienare Just. permittit in §.
nobis ergo Auth. de restit. & DD. asseverant,
qui ideo urgentes causas enumerant, & esse,
veluti dotis cõstituendę, aut restituendę, spon-
salitiæ largitatis præstandæ, Captivos redi-
mendi, alimenta sibi, & familiæ parandi, do-
nationem in Ecclesiam conferendi, & similes
cum eodem *Fusar. loco cit. num.* 20. *& Gizzio
in observatis ad decis.* 8. *Capycij Latri* conclu-
dunt.
15 Denique illud apud omnes in confesso est,
quod possit gravatus hæres antè restitutionẽ
deducere, & retinere Credita, quæ habet cõ-
tra hæreditatem, licet ante restitutionem ex
Regula, quæ locum habebat per additionẽ
fuerant confusa. vide *Marcianum seniorem
cons.* 5. *num* . 1. *lib.* 2. Retinebit quoque
hæres totum illud, quod habuit ex causa se-
parata à testamento, iuxta explicationẽ *Bel-
loni cons.* 30. *n.* 6.
16 Porrò quoad *l. ult. D. de usufr. leg.* Regulam
illam eliciunt post Interpretes, nostri *Prag-
matici*, quæ & vera est, quod legato usufructu
certarum rerum, onus æris alieni ad legatariũ
non pertinebit, nam ità *Bartolus* aliorum dux
scripserat ad eam legem, & *Covar. lib.* 2. *va-
riarum cap.* 2. Quamquam in adversum Qui-
dam reclament, & aliter, atque aliter rem
decidendam velint, ut videre est apud *Ceval-
los com. contr. com. qu.* 191. dum ex varijs cau-
sarum figuris varios modos explicandi, & li-
mitandi suprapositam Regulam ponunt cũ
Grasso recept. sent. §. legatum qu. 33. *Menochio
lib.* 4. *præsump.* 134. *&* 139. *&* 243. *Gallo lib.*
2. *observat.* 146. *Caroccio decis.* 118. *num.* 19. *&
similibus.*
17 Illud tamèn apud omnes constat, quod
facta ab hærede gravato restitutione amplius
hæres ipse non est, quamquam talis appellari
possit; ideoque creditoribus non teoetur, ni-
si aliquod apud se retinuisset, ut concluditur
penes *Peregrinum de fideicom. art.* 4. *n.* 2.
18 Sed pone, militiam in hæreditate fuisse,
sivè ut nostri loquuntur officium, illudq; am-
pliatum ad primi hæredis vitam; pone gra-
vatum Hæredem institutum (retento officio)
hæreditatem Titio restituere: Quæritur, an
quia officium, sive militiam retinuit, possit
hæres etiã post restitutionem à Creditoribus
hæreditarijs inquietari? & an ad valorem
usque officij retenti, illis teneri debeat?
19 Et sunt qui affirmant, hunc conveniri pos-
se pro concurrenti quantitate pretij officij
penes se remansi, ea nimirùm ratione, quod si
verum est, Officia ista quorum tot extant, præ-
sertim in Regno, Militijs antiquorum æqui-
parati; verum etiam erit, & ea hypothecis
Creditorum subijci, ut argumentatur *Guttie-
rez. quæst. Canonicarum lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 47. *de
Curte in* 2. *par. diversoris feudalis cap.* 5. *n.* 153
*& Bambacarius in tit. si de feudo defuncti mi-
litis*

litis controver.fuerit, qoi proindè, Creditores rectè acturos etiam post restitutionem hæreditatis, contrà hæredem tamquam rei sibi hypothecatæ, possessorem, & detentorem, concludunt.

Et quamquam officium hoc, quod hæres habet ex Regis gratia habeat: attamèn considerant supracitati affirmativę sentètię Authores, quod Rex ampliando, non aliud agit, quam impartiri facultatem eidem cui priùs concesserat, ut post vitam suam cum, quem sibi eligit successorem, tamquàm hæredem habeat in eodem officio, & proindè hũc secondũ nedum à Primo habere officiũ, sed cum qualitate hæreditaria habere, & Primum repræsentare veluti illius hæres contendunt, & ex hoc, ad illius debita, teneri concludunt *Freccia de subfendis lib.2.q.53.n.4. Tappia in Constitutione officia quæ persone n.10.par.2. & Montanus in cap.imperialem §.preterea nu.31.* Et hinc officium ampliatum unum, idemque cum primo concesso existimandum esse clamant, & non aliud novum, & Secundum possessorem nil aliud consequi, quàm illud, quod Primus consecutus fuerat, & id ut aliquid hęreditarium *Reg.de Ponte de potest.Pro Reg.tit.10.de potest.substituendi in officio, Rovit. conf. 104.volum.2.n.12.*

20 Sed ex adverso plures sunt, qui negant Heredem ad quidquam Creditoribus teneri, & Officium ampliatum, novum aliquod officiũ esse, & ad instar usufructus repetiti contendunt ex *Rovito loco cit.n.2. & Galeota respons. 12.* cujus acerrimam defensionem adversus oppugnatores sumpsit, perfecitque egregiè Doctissimus J. C. *Leonardus de Philippis*, què honoris causa nomino, & veneror uti Magistrum, & hoc ipsum etiam intèr Lusitanos sentijt *Gama dec.29.* qoorum dictis multò plus fidei habenda est, quoniam re vera hujusmodi Officia non per omnia militijs antiquorum convenire constat; ideoque, nec quoad omnia secundum illorum naturam regulanda, habent enim strictiorem quendam tractatum, & nedum non pignorari, nec obligari queunt, sed omnino cum Vita primi concessionarij finiuntur, & penitus extinguuntur. Id, quod attendentes ex Nostris meliores: hæredem successoremve quasi in novo officio sibi à Rege concesso venientem, à crediroribus non esse molestandum concludunt cum *Capyc.Latro dec.6.* & ibi *Gizzio.*

Cæterùm illud advertendum est, quod Ijdē monent, quod, & si Officia, ut diximus pignorari, aut alienari nequeant, poterunt tamèn possessoris creditores, ejusdem officij fructus, & emolumenta consequi illo alteri locato, quoad debitor, qui illud obligavit vivat; quinimmò poterunt, & cogere debitorem ad vendendum, ut ex pretio sibi satisfiat juxta ea, quæ scripsère *Lauarius conf. 12. Francus dec.704. Rovit.cit.conf.104.lib.2.* Sicut de feudatario cogendo etiam à Creditore sine assensu ad vendendum notant *Rovit. prag.3. de ord.judiciorum*, & ibi *Lagan.* & quamquàm si vendere recusct etiam per capturam personę cogi posse *Marcianus* velit *disp.27.* attamē si nolit, Judici non permissum vendere, idem firmat, sicut nec permissum ad sequestrũ fructuũ, & jurisdictionis procedere ex supra citatis monet *de Luca in observ. ad Francum 704.* quam tamèn à longè petitis quibusdam allegationibus infarcit.



CAPUT XV.

De explicatione l. ex asse 52.D.ad legem falcidiam.

SUMMARIUM.

1 *Verba textus secundum Florent.lectionem.*
2 *Ea esse emendanda voluère Goveanus, & Cujacius.*
3 *Negat Faber.*
4 *Sed male*
5 *Patronus non eodem modo censendus.*
6 *Ratiocinatio Marcelli.*
7 *Fabri comentum diluitur.*
8 *Explicantur verba tex. & emendatio Goveani recipitur.*
9 *Diluitur adversus illam facta oppositio.*
10 *Respondetur Cujacio.*
11 *Sententia vulgarium Interpretum, & Pragmaticorum.*
12 *De Muliere instituta dotem detrahente.*
13 *De legato facto conjunctis personis plura favorabilia.*
14 *Censetur pium si fiat pauperi.*
15 *Poterit illius quantitas non expressa per testem unum probari.*
16 *De legato facto filia spuria.*
17 *De legato facto mulieri de familia.*
18 *An falcidia de legatis pijs detrahatur.*
19 *Quid de fideicommisso heredi injuncto.*
20 *Quid de legato vita militia.*
21 *Quid delegato relicto uxori.*
22 *Quid de alimentis debitis.*
23 *De credito ob fructus paraphernalium bonorum receptorum.*
24 *De legato facto creditori.*

1 Florentinam lectionem in *lege ex asse 52. D.ad l.falcidiam*, quæ ità se habet (*ex asse patronum heredem instituit libertus, cum ducentos aureos in bonis haberet, & lega-*

vit filio centum viginti, extraneo reliqua. Diminutio legati, quod extraneo præstat legatum
2 *proficit filio ad consequenda solida, quæ ei legata sunt*) omnino emendandam esse, & verba ipsa exposcunt, præsertim illa (*diminutio legati, quod extraneo præstat legatum.*) Et viri doctissimi *Jacobus Cujacius 25. obser. cap. 24. & Antonius Goveanus in comment.* ad hunc *tit. ad l. falcidiam* planè convincunt.

3 At oppositum *Faber* nititur hic suadere, & retinendam receptam lectionem, ex quibusdam adminiculis ab *Hotom. 3. obser. c. 24.* mutuò sumptis convincere conatur.

4 Sed frustra id conatur; nàm statim sub *n. 1.* labitur, asseverando multum referre an patronus ex debita dumtaxar portione, an vero ex asse instituatur; quoniam si ex asse, eodem jure, quo alij hæredes, utetur, & legata omnia pro eo saltem semisse, quod legari poterat præstabit nedum conjunctis, sed & extraneis personis, & falcidiam de tota hæreditate retinebit; non sic verò si in portione debita dumtaxat institutus fuisset, quia tùnc conjunctis tantummodò personis legata præstaret, quartamque solum ex sua retineret por-
5 tione; Labitur sanè *Faber*; nàm primò falsum est Patronum institutum ex asse eodem jure, ac alij hæredes censendum esse, dum ex *Justiniano* liquet *in §. Postea instit. de success. libertorum*, & ex ipsiusmet *Fabri* confessione, non teneri eum, ut Cæteri hæredes ad legata nisi ad semissem usque, altero semisse remanente apud ipsum, quod cæteris hæredibus non contigit qui ultra semissem legata præstant, hinc cum Patronus salvum semissem alterum habeat de quarta falcidia non debet esse sollicitus. Cur. n. quartā detrahere, à legatis posset quando, non solū quartam, sed & semissem hæreditatis apud se habet, proindè legata non esse minuenda jura sanxêre *in l. 4. §. & si interdum D. si cui plusquam per legem falcidiam in l. 4. D. de cond. & demon. in l. 6. §. si patronus D. si quis ommissa causa testam. in l. 1. §. qui autem D. si quis in fraudem Patroni in l. si cujus §. ult. D. ad Trebell.* alijsque similibus juribus. ex quibus dum integra legata ab eo præstanda edocemur, dispositioni legis falcidiæ locum non esse intelligimus.

6 Deindè si *Fabro* concedamus, retinendam esse receptam lectionem, & legatum in proposita specie *Marcellum* voluisse præstandū, quomodo verum erit, id quod idem Juris Cōsultus, cæterique asseverant, apud Patronum non imminutum remanere semissem debere? Si quidem si ducenta esse in hæreditate proponatur, & ex his centum viginti filio danda sunt, dum Cætera apud hæredem remanēt, in vicem, & pro semisse, quod remanere debebat, quomodo legatum extraneo præstatur, & ex quibus bonis? Certè alterutrum verum erit, quod aut non remanet revera semissis apud patronum institutum, aut si remanet, quod legatum non præstatur extraneo.

7 Nec nuvum illud à *Fabro* excogitatum, de legis Papiæ nova quadam dispositione, admittendum erit; non enim verum quod scribit, quod ex eo, quod in specie proposita filio etiam à liberto legatum fuerat, non poterit integrum semissem patronus consequi, sed contentus esse debebit; si tantummodò quartam habeat, quoniam ultra quod hujusmodi sententia iniquissima foret, totamque legis Papiæ provisionem inverteret, facilem etiam viam fraudibus aperiret. Nam omnes liberti inter filios, & extraneos hæreditatem exhaurirēt, eamq; legatis excessivis onerarent; ut ita patronos, & si institutos fraudi obicerent, & quartam dumtaxat habere sinerent. Accedit quod differentia totiès inculcata, inter legata coniunctis, & extraneis personis relicta, omninò elusoria redderetur, siquidem legando coniuctis, & extraneis ultrà modum legare libertus in fraudem patroni posset, teneretur que omnia legata patronus præstare.

8 Igitur quidquid *Faber*, cum verba textus ex se inversa, & obscura emendationem exposcant, nam quis J. C. itá unquàm loquutus est (*Diminutio legati, quod extraneo præstat legatum*) Nemo tam vecors tamque stupidus erit, qui nun videat quantò melius, & aptiùs omnium emendaverit ea *Goveanus* scribendo *Diminutio legati, eo quod extraneo non præstat Legatum proficit filio.*

9 Nec scrupulū movet *Cujacij* animadversio, (à quo *Faber* hic) quod non benè dicatur, diminui legatum, quod non præstatur omninò, nec benè diminutio legati vocetur nulla ipsius legati præstatio; unde illa vox *diminutio* judicio ejusdem *Cujacij* foret quòque expungenda; nàm & plerique libri eam non habent; Etenim scrupulum tollit, quod adhùc ea retenta, optimus erit sensus verborū *Marcelli*. Vocat enim ipse, & appellat legatum, omne illud totum, quod legatum est; scilicet tàm id, quod filio, quàm id, quod extraneo datum est; & proindè cum hoc totum quod legatum est, pro ea parte, quæ extraneo non præstatur diminuatur, diminui legatum absolutè dixit in eo sensu, ac si scripsisset, diminutio quę fit legatorum, ex eo, quod extraneo non præstetur legatum, juvat filiū, ut solidum consequatur; siquidem retinendo patronus octuaginta illa, quæ extraneo danda fuerant, quartam habet, qua contentus esse debet, quoniam filio dumtaxat præstat legatum, & non præstando legata extraneo, semissem non potest prætendere; sicque non legatum dicitur diminui quod non prestatur, sed totum quod est legatum diminuitur, &

pro

pro parte sit non legatum, quoniam pro parte extraneo non præstatur.

10 Ex hac autem ratiocinatione constat non obstare quæ Cujacius movit nec ad sentiri eidem opus esse, & contra J. C. verba fingere fuisse centum filio, totidem extraneo legata, nam, ut diximus, *Marcelli* verba repugnant. Et totum acumen *Marcelli* in eo est, quod cum legata octuaginta extraneo fuerint, videbatur potuisse patronum semissem prætendere, & tota animadversio accurata in eo, quod tantum quarta ei debita est, quoniam legatum non præstatur extraneo, atque ita hoc quod nō prodest patrono, vice versa prodest filio; nàm retinendo illud legatum, patronus, in quartā imputabit, & quartę invicē retinebit iuxtà Regulam *l.1.§.7.D.si cui plusquàm per legem falcidiam.*

11 Et hoc autem postremum, illud unum est, quod Repetentes, & Prag., ex hac lege de qua agimus desumunt scil. legata, quæ ab hærede non præstantur in quartam eidem imputari, atque ità ea cæteris legatarijs, ne, ob quartam relinquendam hæredi, diminutionem suorum legatorū sentiant, non parùm prodesse, ut notant Bartolus, & sequaces, quando aliud est

12 de ære alieno, etiam si ipsi hæredi debitum illud foret; nàm si uxor ex. gr. hæres instituta dotem suam ab hæreditate præcapiat, non ideò minùs à legatarijs falcidiam detrahet, & si dotem præhabuerit, ut ex *l.unica §. igitur C.de rei ux.actio:* dicūt *DD.* ibidem, *et Arism. Tepata variarum lib.2. sub tit. de lege falcidia.*

13 Porrò ex eo, quod tum in hac lege, tum, & in pluribus alijs juris nostri locis videntur legata facta coniunctis personis favorabilia cæteris factis extraneis censeri, ansam sumūt, & qui in Foro sunt pluribus specialibus favoribus eadem legata facta conjunctis personis cumulare; & primò volunt ea, latam recipere interpretationem, præsumendumque semper de meliori re facta cum *Menochio præs. 116. n.8.lib.4.* alijsque sequutis à Regio Consiliario *Staibano resolut.lib.1.cap.18. num.10.* ad quem locum in observationibus monet esse adhùc nonnullos, qui oppositum sentiant post *Gabrielium cons.98.lib.1. & Gratianum discept.forens.cap.75.n.4. & cap.98.nu.30.* & si nequaquàm illis assentiēdum, admoneamur ex *l.cum rem C.de legatis ex l.si servus plurium 53. §.fin.D.de legat. 1. ex l.Aurelius 29. §.Titius testam.D.de lib.legata, & à Rolando Mantica, Surdo, Menochio,* alijsque ab ipso citatis.

14 Secundò si legatum factum fuerit conjunctæ personæ adiecta causa *ob amorem Dei*, siquidē in legatario cadere possit qualitas paupertatis, eaque probari, vel liquidis conjecturis præsumi, Pium censendum erit legatū, adeò, ut Iudices Reverendæ Fabricæ, peculiaris scilicet cujusdam Tribunalis in hoc Regno, de eo cognoscere possint ejusve executionem, ut solent, Rigidè jubere *Francus decis. 565. Riccius in praxi variarum resol.381.Tiraquell.de privil.piæ causæ in præfat. in verbo pauperibus, & ibi Torus,* Cæterique addentes, quod sanè non habebit locum non constito de paupertate legatarij, vt ægregiè fundat eximius doctissimusque Theologus, & J. C. *P. Antonius de Ressi* ex inclita *Societate Iesu* edito Responso quod retulit novissimè laboriosus Additionator *Carolus Antonius de Luca in observat. suis perutilibus ad Francum citata decis. 565.*

15 Tertiò si quantitas in legato non fuerit expressa, probetur, & liquidetur per unicum testem, id sufficere ut præstandum sit legatum quantitatis ita probatę, contendunt Nostri, si legatum conjunctæ personæ fuerit factum, & ex necessitate post *Afflictum dec.337.Vivium in communi opinione nu.945.nostrum Fabrum in C. tit. de probat.defin.25. Peregrinum, Gabrielium, & alios* eum quibus *Torus in compendio,* qui, & ità decisum in facti contingentia testett *parte prima* in verbo *legatum incerta quantitatis.*

16 Quartò quamvis filiæ spuriæ à patre non nisi alimenta legari possint, & Concubinæ à Clerico inutiliter legetur, adhùc tamēn receptum est; vt si pater dotes hujusmodi filiæ legasset, valeat legatum, nec ad instar alimentorū censeatur datum; adeo, ut nec mortua filia, ad patris hæredes reverti debeat, sed apud hęredes eiusdē filiæ perpetuò erit. *Francus decis.281. Mastrillus dec.Sicula 121.n.40 Thesaurus quæst.forens.1.cap.25.* Sicut, & receptum quoque est, legatum à Clerico concubinæ factum, si pro servitijs præstitis factum dicatur, & servitia qualiacumque probentur validum esse iuxtà ea, quæ notavetant *Afflict. dec.102. Thesaurus dec.111 Ripa observat.79. num.4.* & alij, quos adducit, & sequitur *Riccius collect.148.p.1. Tiraq.ad l.si unquam vers. donatione largitus num.22.C.de revocan. donationibus,* Item doctiss. *Calà de modo articulandi Gl.unica § 2.n.408.*

17 Et denique si legatum fuerit factum mulieribus de familia, Conjuctiorem pręetendā volunt Nostri; adeoque primò admittendas mulieres de linea, deindè consanguineas, demùm cæteras de familia, concludunt; idve favore majoris, & proximioris conjunctionis, ut explicat *Lanarius cons.53.& Maurus junior allegatione 2. num.2.*

Insuper cum in hac *lege* de falcidia sermo sit, & an ea detrahenda de legatis à liberto, conjunctis personis relictis; solet à Pragmaticis, & illa quæstio referri, an ex legatis pijs falcidia detrahatur? sed in ea, cum quid de jure respondendum sit alibi dixerimus; nūnc

suffi-

sufficit adnotasse in utrámque partem *DD.* disputare, ut videre est apud *Graffum recept. sent. q.* 3. §. *falcidia* aliosque qui de eadem tractant materia.

Cæterum legatorum facta diminutione in testamento hæredis non ideò minuitur fideicommissum, ab eodem hærede aliàs gravato præstandum Ecclesiæ, ut concludunt omnes cum *Peregrino de fideicomm. art.* 4. *num.* 47. At in onere relicto cū legato, an illud minuatur diminuto legato distinguendum erit cum

18 Luca ex *Franc. dec.* 362. non itē in legato vitę militiæ, nam per falcidiam hoc non minui, sicut nec per legata alijs in eodem testamento facta constat ex feudalibus juribus, ex quibus *Fraue. de Amicis in cap.* 1. *de his qui feudi partem petere possint* §. *de veniendum ad primum n.* 12. *colum.* 8.

19 Denique cum in Nostra *l.* Patronus legatum, quod non præstat imputet sibi in quartam, potest quæri an, & uxor, cui legatū à marito factum est imputet illud in Credita, quæ adversus hæreditatem habet pro sua dote, aut sponsalitia largitate, vel antephato,

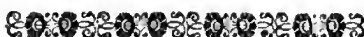
20 ut Nostri loquuntur? Et quidem si alimenta legata fuerint, aut usufructus, sed hic existentibus filijs ex recepta *Bulgari* consuet. de qua inter nostros *Molfes. ad consuet. Neap.*

21 *par.* 6. *q.* 11. *num.* 47. *lib.* 1. *& in addic. lib.* 2. *& Merlin. cap.* 4. *lib.* 2. ad alimenta redactus est. Respondendū erit quod hæc alimenta legata cum eredito ob antephatum nō compensantur, ut *Vrsillus* adnotavit *ad Afflict. dec.* 44. *num.* 19. qui, & illud addit nec compensari

22 hoc legatū alimentorum cum alimentis illis, quæ eidem legatariæ viduæ intrà annum debentur, ob dispositionem Neapolit. *Consuetudinum* ab hæredibus viri. Quæ tamèn assetio plerisque displicet apud *Torum in* 1. *par. compendij* in verb. *legatum alimentorum uxori relictum.*

23 At si non legata alimenta, sed quantitas aut Corpus, & ereditum, quod uxor habet sit ex causa bonorum paraphernalium eorumve fructuum à marito perceptorū legatum factū eidem, cum credito compensare tenebitur. *Afflictus* citata *dec.* 44. *Peregr. de fideicom. art.* 11. *num.* 32. *Cavagnola. decis. Mediolan.* 24. *num.* 9.

24 Cæterum dicendum in legato facto cuicumque Creditori etiam futuro post testatoris mortem, quod illud in sibi debitum imputare oporteat sentiunt plerique ex his, quę voluit *Molfes. ad consuet. p.* 6. *q.* 11. *nu.* 34. ubi, & conjecturas quasdam observavit ex quibus aliter testatorem voluisse eliciatur.



CAPVT XVI.

De reversione Dotis Profectitiæ,

SVMMARIVM.

1 *De quæstione an profectitia dos mortua filia ad patrem revertatur?*
2 *Nostra sententia, & distinctio.*
3 *Aliud in filia familias.*
4 *Aliud in emancipata.*
5 *Aliud in emancipata, quæ, & testata fuerit.*
6 *Sententia Fabri ex l. ult. D. ut legat nomine caveatur.*
7 *Responsio, & interpretatio illius textus.*
8 *Alia considerationes.*
9 *Species figurata.*
10 *Conclusio ex dicto textu.*
11 *De tex. in l. filius familias* 17. *D. ad Macedonianum.*
12 *Responsio.*
13 *Oppositio ex l. jure succursum D. de jure dotium.*
14 *Solutio.*
15 *Oppositio ex l. post dotem* 4. *D. soluto matrimonio.*
16 *Responsio.*
17 *Replicatio Fabri.*
18 *Diluitur.*
19 *Explicatio l. inter* 26. §. *cum inter D. de pactis dotalibus.*
20 *De Justiniani Constitutione in l. unica* §. *fileat C. de re uxoria actione.*
21 *Etiam in foro controversa hæc quæstio.*
22 *Pragmatici cum Martino adeoque cum Fabro sentiunt.*
23 *Pater dotans, sicut, & quilibet apponit ea pacta, quæ vult.*
24 *Pactum appositum à patre de dote sibi restituenda comprehendit quamcunq; dotem.*
25 *Non possunt fratres paeisci reversionem dotis ad propriam utilitatem.*
26 *Dos à principio recipit Naturam immutabilem.*
27 *Ne per scripturas quidem factas post tabulas nuptiales mutatur.*

1 ANtiquissima, & jam olim inter *Bulgarū*, & *Martinū* veteres Glossatores, corumq; sequaces, agitata quæstio illa est, an defuncta in matrimonio filia, liberis superstitibus dos, quam habuit profectitiam à Patre, ad illum revertatur, an vero apud filios superstites remaneat; & quamquam in ea plura Nostri, &

2 contentiosè disputaverint, mihi tamèn distinctione adhibita respondendum videtur; & filia familias ab emancipata separanda, & rursus emancipata, quæ testato decesserit ab ea, quæ ab intestato decessisse proponatur.

3 Igitur si de filia familias quæratur, quidquid Interpretes sibi velint, verior est, & ad juris Regulas accommodatior *Bulgari* sententia, quæ vult dotem profectitiam ad patrem reverti, nec quidquam de superstitibus liberis defunctæ curandum esse: ità enim apertè Rescriptum est in *l. dos à Patre 4. C. soluto matrimonio*, ad quam *Accursius* alia juris nostri loca collegit, in quibus adeò disertè id asseveratur, ut planè ineptire videantur qui contrarium dicunt; nàm, ut adnotavit, & rectè *Bacovius ad Treutl. vol. 2. disp. 7. Thesi 11. lit. D.* tot sunt jura, quæ dotem ad Patrem reverti ajunt, ut nimis durè, & violenter ad easum non existentium liberorum restringerentur, cum potiùs in dubio nati liberi ex matrimonio præsumantur; neque verisimile est tot locis exceptionem istam, quam *Martini* sectatores fingunt prætermissam fuisse, nec fine vitio potuit prætermitti.

4 Id ipsum dicendum existimamus, si filia emancipata quidem decedat, sed nullo condito testamento; nam etiam in hoc casu ad patrem dos revertetur, quamquam filij superstites fuerint, ut innuit *tex. in l. si filia 5. D. de divortijs*, & sanè hic ille casus est, in quo ita evenire dicebat J. C. in *l. Pater D. de evict.* Cæterùm si jus illud, quod antè Justinianum obtinebat consideremus, in eo melior conditio filiæ emancipatæ fuerat, quam si mater effecta: nam, & si intestata defuncta, attamèn singulos ejus filios singulas quintas cōsequuturos sciebat, totidem, eorum patre apud se retinente, teste *Vlpia. in Fragmentis tit. 6. de dotibus §. 4.* Unde ità si quinque, vel plures reliquisset liberos, integra dos penes maritum ad filiorum beneficium remansura.

5 Quod si hæc filia emancipata, cum decederet testata fuerit, nil aliud tractandum, sed absque ullo dubio dicendum, quod dispositio ab ea facta servanda erit, nec dubitatur, quin in eadem dispositione debuerit, & potuerit mater filijs suis prospicere.

6 At *Faber* non ità ratiocinatur, siquidem hic defendendam *Martini* sententiam suscepit, & ait ex *Scevola* responso, quod extat in *l. ult. §. 1. D. ut leg. nom. caveatur*, satis apparere, nec quidem dubitatum penes Juris Cōsultos, quin mortua filia dos apud maritum liberorum causa fuisset remansura.

7 Sed quoniam ad hunc tex. jam olim *Accursius*, & sequaces responderant, tractari in eo de filia emancipata, & diversimodè de hac, quam de filia familias existimasse J.C. operæpretium erit attentiùs *Scevola* verba considerare, ut ex illis, quid de Objectione *Fabri*, quidve de Responsione interpretum iudicandum sit intelligamus, sicut etiam, ut satis faciamus *Fachineo*, qui eadem *l. fin. §. 1.* movetur, ut *Martino* assentiatur *lib. 3. controv. cap. 31.*

Et quidem quamquam illud fateri oporteat, quod apud Scevolam de emancipata filia species fuerit proposita; nàm & de Muliere agitur, quæ bona possidebat, quæve hæredem scripsit, quæ deposuit bona, cautionem potuit exigere, & similia egit, quæ matres familias non item filiæ agunt, ut cuique notum sit.

Nō tam securè asseverari poterit fuisse dotem illam, de qua *Scevola* tractat, quamve apud maritū remanere supponit à patre perventam, & profectitiam; nàm quinimmò non talem fuisse, vel ex eo dignoscitur, quod mulier, ut diximus propria bona possidebat, quibus se dotare potuisset, aut ab alio dotari, & possidebat etiā, & alia bona ultrà dotes; nàm proponitur earū partē penes maritum deposuisse. Habebat igitur dotem hæc mulier, & eo modo, quo habere dotem Matres familias possunt; hine non dixit Scevola profectitiā dotem fuisse, sed simpliciter de dote loquutus est, quam profectitiam dicere planè est divinare; Siquidem ad rem hanc appositè, & benè *Hotom.* monuit *in tractatu de dotibus*, quod non semper, quod de dote simpliciter mentio fit apud J. C. dotem profectitiam fuisse supponere debemus, nisi hoc ipsum aliunde con-

8 stiterit. Cæterùm, & si profectitiam dotem fuisse contendas adhùc hoc parùm obstabit; nàm & Primò observandum est, quod in hujus legis specie Mulier testata non intestata decesserit; scripsit namque, & instituit patrem suum hæredem, & sanè cum filios haberet hæc mulier, eidē nisi foret scriptus, nullo modò pater hæres esse poterat, quoniam tales fuissent liberi superstites etiamsi supponamus dotem ad illū reverti debuisse profectitio jure. Rursus, & illud quoque inspiciendum, quod verba Juris Consulti (*quoniam emolumentum totius hereditatis ad filium defunctæ reverti deberet*, indicant nō obscurè patrē, & institutum à filia, & gravatum quoque, ut Nepoti scil. ejusdem defunctæ filio totam restitueret hæreditatem. Et sane hoc ita evenire citrà testatricis iussum non poterat, quoniā hic filius Avo non suus, sed nepos, ex filia erat, adeòque non necessariò futurus hæres.

9 His positis, ità species figuranda est: Mater familias, quæ & bona habebat, quibus se dotaverat, & quædam etiam extra dotalia, quorum pars apud maritum deposuerat, non exacta cautione depositionis, decedens testa-

ſtameotum fecit, in eoque patrem hæredem inſtituit, eumque gravavit, ut filio ſuo, ideſt ejuſdem teſtatticis integram hæreditatem reſtitueret: Inſuper & voluit, ut apud maritum dos remaoeret; quæſitum eſt, ao bona illa, quæ penès eumdem maritum tepeiebantut depoſita, poſſent à patre ſcripto hæede peti? Rationem dubitandi faciebat, quoniam ad maritum tamquàm Pattem filij fidei Commiſſarij emolumentum totius hæreditatis perventurum erat, ſtante fidei commiſſo à teſtattice facto. Item quia apud eumdem & dotem etiam ex teſtatticis Judicio remanebat: ſed Ratio decidendi in favotem Patris fuit, quod fidei commiſſi reſtitutio non adhùc erat facta, & forſan non adhùc facienda; & bona depoſita quia oon in dotem fuiſſent, ptoindè non remanete cum dote penès matitum debebant.

10 Ergo ex his concludendum, quod hic *text.* pertinet proptiè ad tertium diſtinctionis membrum, nempè ad filiam emancipatam, quæ de dote teſtata ſit; ideòque non benè opponi his, quæ citca reverſionem dicebamus in dote filiæ familias data, & non benè opponi his, quæ dicebamus de dote filiæ emancipatæ, ſed inteſtato mortuæ.

11 Pergit *Faber*, & opponit ſecundò *text. in l.filius familias* 17.*D.ad S. C. Macedon*: & ex cò, quod ibidem ſcriptum (*mortua in matrimonio puella*) poſt *Martinum* infert; igitur aliud dicendum, ſi mortua in matrimonio Mulier fuiſſet, ideſt talis cui filij ſupeteſſent.

12 Sed non videt hujuſmodi tatioeinationem ioeptam eſſe; quoniam, ſi puellas appellabimus feminas omnes, quibus filij non ſupetſuot, erùt ita puellæ, ſteriles Mulieres omnes, quamvis octuagenatiæ; nàm nec liberos ſuſcepère, nèc ſupetſtites habent. Hinc rectiùs dicetut, quod quamvis puellæ nomen in Jure noſtto ſæpè ſæpiùs iuveoes feminas demooſtret; ideòque puerorum nomini opponatur in *l.ſervi* 81. *D.de leg.*3.*in l.pueri* 204. *D.de verborum ſignificatione*, eaſq; innuptas, ut videre eſt io *l. cum quædam puella D.de Juriſdict.in l.*2. *C.de ſponſalibus in l. ſicut* 7.*C.de donat.ante nuptias*, & ſimilibus; attamèn ſolet etiam eadè denominatio iuvenes Mulieres, & ſi nuptas, & ſi filios adeptas ſignificare, modò adhùc ſub patris poteſtate cōſtitutæ ſint; unde in *l.uxorem* 41.§.*teſtamento D. de legatis* x. puella vocatur, quæ bis priùs nupta, adhùc tertiò nubebat; oeque credendum ex duplici præcedente matrimooio, adhùc liberos non ſuſcepiſſe. ſed cum in eodem textu eadem, quæ priùs puella vocabatur, mox mortuo patre materfamilias vocetut, id eveniße, dignoſcimus ea de cauſa, quoniam, ut *Pratejus* obſervat per mortem ſequutam Patris de illius poteſtate exierat, atque ita intelligimus, libetatione à patris poteſtate, puella ex fieri Mattem familias; alioquin ſi & liberorum ſuſceptio tequireretur, opotteret ponere puellæ, mottuo patre, filios (quorum nullus antea in multiplieatis nuptijs ſuſceptus) tanquam fungos ſtatim natos tuiſſe. Concludamus igitur, quod verus intellectus illorum verborum in *l. filius familias* 17. (*Mortua in matrimonio puella*) non alius eſt; quàm ſi ſcriptum, in ea *l. fuiſſet*: *Mortua in matrimonio filia familias*.

13 Tertiò ſub *num.* 5. opponit *Faber ex l.Jure ſuccurſum 6.D.de Jure dotium*, in qua cum Regula ſit, quod ad quem ſummus mærot pervenit ad eumdem, & ſummus honos pertinere debeat; quia magis ad defunctæ liberos, quam ad Patrem, mætor, & dolot petvenit, ad eos potiùs, quam ad Pattem, ſaltem ex præſumpta filiæ voluntate dotem pettinere dicendum erit.

14 Sed non bona hæc tatiocinatio; quoniam jura noſtra non mærorem, aut dolotem, vel affectionem defunctæ in hac materia, ſed patris poteſtatem, & profectionem dotis ex patetno patrimonio conſiderandam exiſtimatunt, cujus ſanè patriæ poteſtatis, & profectioois dotis tanta vis eſt, ut ne ex filiæ familias quidem expreſſa volūtate declatata in beneficium ſuorum liberorum, labefactati potuiſſet; adeòque multò minùs ex præſumpta; hinc parùm juvat filios matetna affectio, dū Jutis Regulas invertere illa non poteſt; quāquàm nec illud concedendum *Fabro* eſt, quod majore dolore, & mærore ex matris motte Liberi ſuperſtites, quàm Pater ex filiæ obitu afficiantur, quando ut optimè ex *Ariſtotele* 8. *ethicorum* obſervat *Bacovius* loco citato, magis in filiorum morte parentes dolent, quàm vice verſa filij in motte parentū, id quod etiā ex Jutis noſtri locis comprobari poſſe exiſtimo, dum in illis morientibus filijs J.C. & Imperatores Patentibus complangunt, & eorum miſerentur, ſaſſi turbato mortalitatis ordine ad hæreditatem filiorum eos venire, ut in *l. nam & ſi D. de inoffficioſo teſtam.* & quod ad eos pertinet, contra eorum votum conſequi fatentur, luctuoſumque eße *l.cum quidam C.de inſtit.& ſubſtit.l.liberi* 28.*C.de inoff.l.hac edictali 6.* §.1.*in fine C.de ſecundis nuptijs l. ſcripto D. unde liberi* §.1. *inſtit. ad S.C. Tertullianum*, & ſanè quàm magnus parentū dolor in filiorum morte Antiquis ſit viſus ſi quis dignoſcere velit, vel unam illam inſcriptionem legat, quàm *Cujacius* attulit 8.*obſer.cap.* 23. Cum tamèn nil de prædictis dicant Legiſlatores, eum filios ad parentum hæreditatem invitaot, ſed ad juſtam, debitam, & ſecundum natutam ſucceſſionem ſe eos admittere fatentur, patenteſque ſuos natu-

ræ debitum exsolvisse declarant.

15 Quartò insurgit *Faber* pro *Martino* ex *l.post dotem 40.D.soluto matrim.* quam emendatam vult ex *Jacobi,Cujacij* sententia, & ex eo, quod in illa scriptum, *non esse impediendum Patrem in Repetitione dotis,si filia sine liberis decesserit* deducit, esse vice versa impediendum, si liberi supersint.

At huic objectioni jam occurrere *Bulgari* sequaces, eamque evitarunt pluribus modis, ut apud *Paulum Castrensem* inter antiquos *Baeovium, & Hotomanum* inter Neotericos videre est,quorum dictis addenda etiam sunt, quæ & *Cujacius tract.6.ad Afric.*& idem *Faber conject.13.c.9.* scripsère,nã ex his omnibus pro *Martini* sententia nequaquam *Papin.* facere *in cit.l.* post dotem securè concluditur.

16 Porrò & illud quoque animadvertendum vellem, quod in illa *Papiniani* specie nequaquam profectitia dos fuerat. Id,quod ex eo constat, quòd stipulatum à Patre fuisse dicitur, ut decedente sine liberis filia, ad eum dos reverteretur; cum si profectitia fuisset dos, opus stipulatione non fuisset, dum teversura, fuerat vel citrà stipulationem,etiam ex *Martini* sententia,quia filij non supererãt. Igitur, nisi desipuisse hunc patrem familias credamus, qui inani, & inutili prorsùs stipulatione sibi providendum existimaverit, & desipuisse etiam J.C. qui de eadem specialem fecerit mentionem,quasi aliquid interesset; omninò oportebit asserere, dotem profectitiam ibidem non fuisse, ideòque opus fuisse stipulari, ut decedente sine liberis filia, ad Patrem dos perveniret in vim illius pacti, & conventionis.

17 Neque dicas cum *Fabro* ideò utilem fuisse stipulationem, & si dos profectitia foret,quoniam illa interposita quintas, de quibus *Vlpianus in Frag.* Retinere maritus non poterat

18 nàm Responsio in promptu est,scil.non fuisse stipulationem cõceptam,in casu superexistentiæ filiorum,& cum fiet locus Retentioni quintarum, ut indicat *Vlpiani Fragm.* in illis verbis (*in singulos liberos*) quæ super existentiam filiorum præseferunt, sed conceptã in casu in quo filij non adessent, & cũ nullus timor retentionis, & futurus. quod *Faber* cõminiscitur, potuisse maritum retentionem habere pro liberis prædefunctis ex *cit.l.ult.* §.1.*D.ut leg.nom.caveatur.* falsũ est; nam iniquum fuisset prædefunctorum filiorum nomine si quinque illi fuissent integram dotem posse retinere maritum & si minùs quinque, majorem, aut bonam partem illins,in præjudicium Patris dotantis; quando nec liberorum jam non existentium prætextum maritus haberet. Cæterùm nec in *cit.l.ultima* §.1. dos profectitia fuit, ut supradiximus; Nec *l.illam* *C.de collat.* ad præsentem tractatum pertinet, ut alibi dicemus.

19 Quintò; quod scriptum extat in *l.inter 26.* §.*cum inter D.de pactis dotalibus: cum inter Patrem,& Generum convenit, ut in matrimonio sine liberis, defuncta filia, dos patri restituatur id actum inter contrahentes intelligi, ut liberis superstitibus, filia defuncta, dos retineatur,nec separabitur portio dotis additamẽti cum dote,si postea nihil aliud convenit.* Hoc inquã, quod in dicta lege scriptum est non sic explicandum erit, ut *Faber*, & vulgò faciunt, sed ità, ut intelligamus in specie ibi proposita non dubitatum, an utile, vel inutile respectu Patris pacifcentis fuisset pactum; quoniam constabat jam utile respectu ipsius pactum fuisse, si dotem profectitiam supponamus; sed quæsitum an & respectu Generi utile esse posset idem pactum,hoc autem ut faceret *Papinianus* interpretatione utitur,& ita pactum accipit, ut non quod in prima facie est, & in cortice verborum, sed quod inerat in recessu dignosceremus; hinc vult, non tàm pactum fuisse, ut mortua in matrimonio filia sine liberis ad Patrem dos reverteretur, quàm ut mortua cum filijs apud Maritum dos remaneret. hoc autem si ita est, vel ex hoc tex. pro *Bulgaro* concludetur, dotem,defuncta filiafamilias ad Patrem reverti, etiam si liberi supersint, & ne hoc eveniret pactis, & conventionibus sibi maritos providisse, nam alioquin nec pactis opus fuisset, neque *Papin.* interpretatione. Nec solum quod dictum est ex *cit.l.* consta; Sed etiam quod illud falsum, quod mox *Faber* dicebat de singulis quintis apud maritum remansuris pro filijs prædefunctis; nam si ita fuisset, non opus erat *Papiniano* interpretari pactum, nec opus pacisci ad favorem mariti quando susceptis liberis sive superstitibus illis sive defunctis semper

20 dotem, aut partem retenturus maritus fuisset. Denique ad *Justiniani* constitutionem in *l.unica* §.*sileat C.de rei ux. actione*, dicendum erit illam nõ admodùm ad præsentẽ quæstionem pertinere, nisi solùm in eo, quod fateri nos cogit, sublatas à *Justiniano*, sicut & sextas, & reliquas retentiones, ita & deductiones singularum quintarum, quæ liberorum causa, & prætextu introducta fuerant; nec audiendus *Martinus*, qui nec vidit, nec videre voluit disertè *Justinianum*, primò Retentionem alimentorum causa, quam nemo negabat propter liberos fieri posse abstulisse; illa adducta ratione, quod naturalis stimulus ad alendos filios impellit. Secundò Retentiones, quæ ob divortium concedebantur vetasse,in illis verbis, *quod varium genus,&c.* Tertiò denique, & cæteras omnes Retentiones prohibuisse, atque tùm ad casum dissolutionis matrimonij per mortem, tùm ad casum

sum

ſum divortij proviſum voluiſſe: Cæterùm ex hac *Juſtin. conſtit.* illud prorsùs certum eſt, quod non rectè ex ea *Faber* in præſenti argumentatur, dum quod in quæſtione eſt, & de quo diſputamus, tamquàm certum aſſumeos ità ratiocinatur. *Juſtiniani Conſtitutio* locum habet, cum de dote actio, & ejus Repetitio eſt; ſed ſtantibus liberis, dotis actio, & repetitio non eſt, ergò. Cum tamèn nemo non videt minorem in hoc argumento falſam, aut ſaltèm controverſam, immò id ipſum quod controvertitur.

21 Sed non in ſcholis ſolùm, verum & in foro quoq; controverſa eſt hæc quæſtio, utrum dos profectitia ad Patrem revertatur, an verò apud maritum ob liberos remaneat, id quod vel ex una *Ant. Theſauri deciſ.* 190. palàm fit; quinimò olim adeò difficilis *Pragmaticis* noſtris viſa eſt, ut cum caſus accidiſſet, cogendos litigantes, ut compromitterent in Arbitros cum poteſtate procedendi tàm de Jure, quàm de facto voluerint, ut ita ad transigendam potiùs controverſiam, quàm ad decidendam deveniretur ut penès *Capycium deciſ.* 176.

22 Frequentiùs tamē *Martino*, hi qui in Foro verſantur conſentiunt, & id ipſum quod *Faber* hic ſentiunt, & contendunt; ideòque ſaltèm de communi conſuetudine receptum volunt, ut dos apud liberos remaneat eum eodem *Capycio dicta deciſ.* 176. *num.* 8. *Vrſillo ad Afflictum deciſ.* 236. *num.* 7. *Phanucio de lucro dotis* §. *reſtituendum num.* 31. *&* *Mareſcotto variarum* 1. *cap.* 41.

23 Et quoniam in Juribus ſupracitatis ſæpè ſæpiùs mentio fit de patris ſtipulatione, qua cavetur ut mortua ſine liberis filia, dos ad eū revertatur, deducunt ex hoc *Pragmatici*, quod is qui dotat, poteſt dotando legem, quam vult imponere, adeòque & conventiones facere, & pacta modo non impoſſibilia, aut à lege improbata in tabulis nuptialibus pro arbitrio apponere; *Gratianus diſcept. cap.* 769. *Reg. Conſil. Staibanus reſol.* 35. *n.* 5. *&* *re-*
24 *ſol.* 67. *n.* 45. qui & alios adducunt, & proindè ſi pater paciſcatur, ut mortua filia vivo ipſo, ſibi dotis reſtitutio fiat, pactum valebit, nec filiæ hæredes ſaltèm legitimam ipſius filiæ detrahere poterunt; quoniam vivo patre nec legitima debita fuerat. *Seraphinus deciſ.* 815. *Merlinus de legitima lib.* 3. *tit.* 1. *qu.* 9. *num.* 4. *Albertus Brunus*, & alij ſequuti à *Capycio Latro deciſ.* 134. *num.* 17.

25 Verum, quia fratres cum ſororem dotant ex parentum bonis, & illorum juſſu, aut ex illorum legato, non tàm dotare, & liberalitatem exercere, quam exequi paternam voluntatem, diſpoſitionemq; videntur, hinc ad ſui beneficium pactum reverſionis dotis apponere eos non poſſe, apud Noſtros cōſtat, niſi & ipſi de proprio patrimonio dotem illam augeant ut benè adnotavit *Francus deciſ.* 196. & addentes ibidem qui concordantes *Doctores* plena manu coegerunt, ſicut & fecit *Amendola ad deciſ.* 73. *n.* 9. & *ad deciſionem* 491. inter quos ſunt *Peregrinus*, *Theſaurus*, *Caſtillus*, *Rolandus*, & ſimiles, nec non *Menoch.* 3. *præſumpt.* 10. *nu.* 24. Et quamvis quibuſdam inter quos *Sanfelicio deciſ.* 128. *de Marinis quotid. lib.* 2. *reſolut.* 167. *Staibano centur.* 1. *reſolut.* 111. *Regenti Marciano diſput.* 9. *num.* 7. quibus adſentitur *de Luca in obſervat.* aliter viſum ſit; attamen his omnibus videtur impoſuiſſe, quod non animadverterint *Scevolam in l. cum maritus* 29. §. *mulier D. de pactis dotalibus* in longè diverſa ſpecie à *Franco* Reſpondiſſe; tractat namque de muliere, quæ cum propriam dotem haberet, dotando ſe ipſam, appoſuit pactū reſtitutionis dotis in beneficium fratris ſui. Quando *Francus* tractat de fratribus, qui ſororem dotando de bonis parentum, aut aliunde eidem ſorori debitis, pactum ad ſui beneficium reverſivū apponerent; at longè hæc diverſa, nam in primo caſu, Mulier de re propria ut poteſt ad libitum diſponit; in ſecundo niſi quam maximè conſentiat, videtur, & ſponte non conſentire, nec paciſci quod fratres voluère; ut ſinerent, nubere, nam non ſemper eadem libertas eſt in conſentiendo his quæ alter facit, quæ in faciendo eſt.

26 Rursùs ex pactis, quæ in nuptialibus tabulis à principio dotans appoſuit, naturam adeò immutabilem, & inalterabilem dotem recipere noſtri voluère cum *de Ponte conſ.* 19. *lib.* 1. *num.* 33. *&* *R. Conſiliario Staibano*, *ubi ſupra*, *&* *reſolut.* 3. *num.* 18. *&* *reſolut.* 33. *n.* 29. *&* *reſolut.* 76. *num.* 16. ut ne accedente quidem conſenſu ipſorum conjugum mutari poſſit, niſi tamèn in meliùs mutaretur, ut ſcripsère *Barboſa ad l.* 1. *par.* 5. *num.* 9. *D. ſoluto matrim. Gratianus diſcept. cap.* 435. *nu.* 40. *Hondedeus conſ.* 14. *num.* 56.

27 Hinc ſi poſt conſtitutam dotem in tabulis nuptialibus, ſivè capitulis matrimonialibus ſcriptura quadam & ut Noſtri loquuntur *Albarano quodam* paciſcerentur contrahentes, ut dos minueretur, & in minori ſumma conſtituta intelligeretur, pactum irritum eſſe, & invalidam conventionem contendunt plerique cum eodem *R. Conſ. Staibano reſolut.* 3. *num.* 17. quoniam ne ipſa quidem mulier prudens, & volens ſuæ dotis cauſam, poſt quam dos ſemel conſtituta fuit, & de hoc cautum marito, diminuere poteſt. *Molina de ritu nupt. in prælud lib.* 3. *nu.* 4. *uſque ad* 33. *Mantica de tacitis lib.* 12. *tit.* 3. *num.* 10. & paſſim *Doctores* ex vulgata *l. Attiliciuus D. de pactis dotalibus*. Unde hujuſmodi pacta, & Albarana ante dotis conſtitutionem fieri oportebit

bit, aut saltem eodem tempore, & in ipsa constitutione.

28 Illud verò notatu dignum est, quod quamvis *Martini* sequaces velint quod & si Pater stipuletur dotem ad se reverti, mortua filia, si tamèn liberi fuerint superstites, apud illos dos remaneat; non tamen admittunt hoc in donatione propter nuptias, & in donatione contemplatione matrimonij facta; quoniam diversam esse in hoc donationis causam, à dotis causa autumant cum *Bertrando conf.* 197. *num.* 11. *vol.* 2.

29 & *Capycio Latro decis.* 175. *num.* 27. Cum tamen hoc minimè admittendum esse, convincatur. Primò quoniam quidquid sibi velit *Bertrandus*, falsum est, diverso Jure censendam donationem propter nuptias à dote, quando donatio illa nil aliud est, quàm dotis additamentum, & dotis augmentum; & Regula in jure est, quod id ipsum, quod de dote dicitur, dicendum sit de additamentis, & donationibus ut in *l. fin. C. de donationibus ante nuptias*, & firmatum est *à Tiraquello de retra. lignia.* §. 1. *Glossa* 18. *num.* 51. *Cravetta cons.* 191. *Rubeo cons.* 25. *Bruno de augmento dotis concl.* 5. *num.* 1. *Surdo de alimentis tit.* 7. *quæst.* 43. *num.* 13. *Gratiano in addit. ad decis.* 213. *num.* 1. *Cons. Staibano resol.* 15. *num.* 17.

Secundò, quia in hac materia adest expressum *Papiniani* Responsum in *dicta l.* 26. §. *cum inter D. de pactis dotalibus*, de quo nos supra. Responsum enim illud, id ipsum in dote, quod in additamento ipsius dicendum vult, & paritèr de utroque existimandum. Unde si pro *Martino Papinianus* ibidem interpretetur; tàm dos, quàm donatio penès filios remanebit: si pro *Bulgaro*, utrumque ad Patrem revertetur.

30 Porrò in donatione facta contemplatione matrimonij falsum quoque est quidquid *Capycius Latro* crediderit, eam ejusdem esse naturæ quàm donatio propter nuptias; siquidem illa, neque additamentum dotis est, neque naturam dotis sequitur, sed aliquod ab hac separatum; ideòque quantumvis dos ad liberos perveniat, donatio tamèn contemplatione matrimonij facta, si in ea lex adjecta fuerit, ut moriente donatario, ad donantem superstitem revertatur, omninò ad illum vigore pacti perveniet, ut fatetur *Rovitus cons.* 16. *num.* 14. & *Castellus* post alios in *tract. de donat. to.* 2. *tractatu* 1. *discursu* 1. *speciale* 12. *num.* 195.

31 Neque in his difficultatem sentire debuit, vir alioquin nec indiligens, nec incautus *R. Capycius Latro*, quoniam animadvertere debuisset, quod ea, quæ firmant *Francus decis.* 39. *Thesaurus decis.* 32. *num.* 3. alijque ab ipso, & ab addentibus ad *Francum* adducti, non pertinent ad præsentem nostram quæstionem de donatione, cui pactum adjectum; nec ad *Martini* sententiam, sed potiùs ad donationem simpliciter factam, nulla adjecta conventione reversionis ad donantem superstite, donatario mortuo; & proindè illius tractatus longè diversus, cum nostro confundi non debuit, & sanè fuerat ab ipso *Capycio Latro* distinguendum in proposito inter donationem simpliciter factam, & illam, in qua pactum sit appositum, ut revertatur ad donantem, ut suprà; & rursùs distinguendam donationé propter nuptias, quæ vel ea est, quàm nostri antephatum appellant, & à marito uxori fit; vel ea, quàm Pater, vel alius quispiam in augmentum dotis facit eidem mulieri nubenti, à Donatione contemplatione matrimonij, quæ illa est, quàm facere mariti Pater solet, vel in beneficium nurus, vel in beneficium proprij filij uxorem ducentis, vel in beneficium filiorum ex matrimonio contracto procreandorum. ut Pragmaticis omnibus notissimum est.

32 Denique & illud apud plerosque controverti solet. utrum si Pater dotem sibi reddi soluto matrimonio, aut filiæ, ejusque hæredibus stipulatus fuerit, deinde filia decedat sine liberis, eique fratres, vel ex testamento, vel ab intestato succedant una cum Patre ipso, juxtà regulam Aut. defuncto *C. ad Tertull.* an inquam & Pater, & fratres insimùl sicut in hæreditate etiam in dote succedant; an vero solus Pater ex interposito pacto? & in hoc dubio non posse absolutè responderi, sed pactionum verba esse consideranda, magis communitèr conclusum est post *Gasparem Thesaurum in addit. ad paternam decisionem* 190. ad quam qui tales senserint adnotant.



CAPVT XVII.

De lectione textus in l. hæres 21. §. quod si stipulator. ver. quod si D. de fidejusso.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus, & Fabri emendatio ad eadem.*
2 *Defenditur recepta lectio ex Florentinis libris & Basilicis.*
3 *Explicatur Africanus.*
4 *Refellitur Fabri sententia.*
5 *Reiicitur quod scribit.*
6 *De Pragmaticorum sententia ad hanc legem.*

7 Fa-

7 *Fatentur Pragmatici fidejussoriam obligationem extingui per hæreditatis, aut rei dominij perventionem.*
8 *Modo id quod pervenit, tantundem sit.*
9 *Inventarium confusionem impedit.*
10 *Credita hypothecaria non confunduntur.*
11 *De bonis hypothecatis à fidejussore possessis, an ea si minus solvit, possit pro integra summa retinere.*
12 *Affirmant plerique.*
13 *Alij negant.*

1 SCripserat *Africanus in §. quod si stipulator, 4. vers. quod si idem l. heres 21. D. de fidejuss. (quod si idem stipulator fidejussorem heredem scripserit, proculdubio solam fideiussoris obligationem perimi. Argumentum rei, quod si possessio rerum debitoris data sit Creditori aequè dicendum est fidejussorem manere obligatum* sed in his postrema verba *fidejussorem manere obligatum*) obscura plerisque Interpretibus visa suot, & *Fabro* etiam corrupta, qui, & addita oegatione legendum voluit, *fidejussorem non manere obligatum*, quod, & placuit Dion. Goth. in ootis ad hunc textum.

2 Sed, adversus emendationem receptam lectiooem approbat, tum Florentinarum Pandectarum, tùm omnium librorum fides, approbant etiam, & *Basilicorum* libri, in qoibus *lib. 2. tit. 1. cap. 2. § 3. Greci* affirmativè legunt *fidejussorem obligatum manere*.

At quia tum *Fabro*, tum alijs errandi occasionem præbuit in citatis verbis adverbium illod (*eque*) quo utitur Juris Consultus, nàm illud ità aceeprum est, ac si *è contra*, vel *per contrarium* significaret: oportet, ut paulò apertiùs sententiam Africani explicemus, & verum illius sensum percipiamus.

3 Ait igitur ille, si idem stipulator fideiussorem hæredem scripserit, procùldubio solam fidejussoris obligationem perimi; in his omninò subintelligendum est (quod absque dubio consequens est) *principalem autem manere*; Id enim, etsi Africaous exprimere omisit, alioquin nimis concisus, ratio ipsa, ut subintelligamus exigit; nàm institutio in personam fidejussoris facta, tantummodò fidejussoriam obligationem attingit, eamque perimit, noo item principalem, quæ intacta manet; seqoitur in tex. *argumentum rei, &c. aquè dicendum est fidejussorem manere obligatum*. In his illud *equè* noo ad fidejussoriam obligationem, quam perimi dixerat refertur, neque comparatio eùm illa fit, sed refertur ad principalem, quam manere subintellexit *Africanus*. Unde verborum sensus erit, ità, instituto fidejussore, & fidejussoria obligatiooe perempta, principalis obligatio manet uti possessis à Creditore debitoris Rebus adhùc fidejussoris obligatio maneret.

4 Itàque cum ex prædicta, aut simili interpretatiooe possit recepta lectio sustineri, de emendatione tractandum non erit. Sed adhùc quando de ea tractandum foret, foret, & *Fabriana* reijcienda emendatio, nàm pessimè *Africanum* tractat, siqoidem primò falsum est non manere fidejussoriam obligationem; Quid enim si ex debitoris bonis possessis integrum Creditum suum habere non posset, illis non sufficientibus, an ideò prohibebitur saltèm pro reliquo adversus fidejussorē agere Creditor; deiodè, & hoc adduxisse ineptū fuerat; nàm dū faciliùs aliquis admittet primū, .f. institutiooem fidejussoris fidejussoriā obligationem perimere, népe quàm secundū possessionem booorum debitoris facere, ut obligatus fidejussor non maneat, cum manere debeat, saltèm si bona non sufficiant, fuisset ignotū probare per ignotius, sive Certum per incertum velle.

5 Ulterius illud ipsum, quod sub *nu. 4. Faber* tamquam certum assumit, quod scilicet jure veteri electo reo statim fidejussor liberabatur, iocertum planè est, atque oullo juris loco expressum; Et textus ab eodem *Fabro* allatus *in l. ei, cui 11. D. mandati* ad rem non facit; quippè quod, liberatum io eo fidejussorem, non ex sola Rei electiooe, sed ob solutionem factam apertè cooftat, quoniam actio mandati in illa specie competit, quæ certè non competitura fuisset, nisi solutio intervenisset, & sola actio ex stipulatu superfuisset, ut evenit *in §. fin. l. heres 11.* adde quod, & illud ipsum, quod *Faber* respondet ad *l. egisti 84. D. de fidejussoribus* scil. non ex sola inteotata actione de peculio adversùs Dominum, servum liberari; sed opus esse, ut & solutio sequatur, hoc ipsum adversus priorem suam assertionem concludit, coovincitque noo solam rei electionem fidejussorem liberum reddere, sed solutione opus esse.

6 At hunc tex. io *l. heres 21. §. quod si stipulator, Pragmatici* nostri, vulgares sequuti *interpretes*, cum tex. in *l. si debitori C. de pactis* conjungendum existimant, ideòque ambobus promiscuè usi, Regulam illam cooficiunt, quam passim in foro jactant. Quod principali extincta obligatione accessoriam quoque extingui necessè est, de qua videndi *Bartolus, Baldus, Cynus, Salycetus, & Repetentes* Reliqui *In Comment. ad leges citatas, & P. Peckius in cap. accessorium de regul. iuris*, & similes.

7 Fatentur quoque, & nostri per aditionem hæreditatis confundi actiones, & fideicommissariam obligationem extingui, sicuti & hypothecam, si Rei pignoratæ dominium ad Creditorem pervenerit, nisi tamèn hæreditas, aut dominium revocabilitèr pervenisset, ut advertit *Capyc. dec. 195. Francus decis.*

39. *num.6.* & rectè explicaverat *Afflict. decis.* 237. *n.5.* & *Vrsillus ibidem*.

8 Illud verò quod mox dicebamus, de possessione bonorum debitoris Creditori data, quod fidejussorem eatenus liberat, quatenus sufficiens fuerit valor bonorum ad crediri satisfactionem, hoc ipsum, & Nostri sentiunt, qui etsi confusas per aditionem actiones fuisse proponeretur, adhùc si in hæreditate minus sit, quam sufficiat ad creditum exolvendum, pro residuo agere posse Creditorem heredem adversus fidejussorem cõtendunt, cum *Laur. in dec. Rotæ Avenion.* 45. & *decis.* 69. *Rolando à Valle cons.* 165. *vol.* 2. *Capyc. dec.* 195. *Boerio decis.* 57. *Afflicto decis.* 26. *Grammatico*, & alijs collectis ab *Amendola* ad *Francum decis.* 39.
9 Quamquàm vix hodiè de confusione actionũ per aditionem tractari possit, dum præstò est inventarij beneficium, quod confusiones omnes excludit. *Monticula*, & *Phanucius in tract. de invent. par.* 5. *num.* 14. & *p.* 7. *num.* 83. Quinimmò vix de confusione in credito hypothecario tractari potest, quãdo certum est, hujusmodi eredita adhùc post aditionem remanere, sicut & pignora pro eis obligata, ut advertunt *Francus dec.* 80. & DD. ibidem ab addentibus citati, idve adhùc non confecto inventario *Sesse dec. Aragoniæ* 46. *num.* 20. *quamvis hoc* Neget. *Merc. Merlin. de pignorib. lib. quinto quæstione* 41. à quo *de Luca in observation.*

10 Cæterum si non per heredis institutionem, sed alia ex causa possessionem hypothecatarum bonorũ debitoris fidejussor nactus fuisset, cum Creditori teneri eum sine dubio sit, Illud, est controversum utrum si solvisset ipse debitum, sed in minori summa, obtenta, tamen pro integra cessione, utrum inquam, adversus debitorem bona sua Repetẽtem possit postea Cessionem opponere, & pro integra summa debita, quamquàm minùs soluta, bona retinere? Nàm etsi id posse cõcedat post
11 *Grat. discept. cap.* 701. & *Rodericum de anredditibus lib.* 2. *q.* 17. *num.* 11. *Consil. Staibanus res.* 82. *num.* 10. Attamèn in adversum facere videntur text. *in l.* 1. *C. de dolo* & ea, quæ notaverat *Gaitus de credito cap.* 4 *quæsito* 9. *n.* 1142 ad quę *Gratianus*, *Rodericus*, & *Staibanus*, non advertère.





CAPVT XVIII.

De dissentione Vlpiani à Paulo in quæstione §. si à furioso l. 2. D. pro emptore.

SVMMARIVM.

1 *De Antinomya inter Paulum, & Vlpianum.*
2 *Plures ex cogitati conciliandi modi a DD. sed præcipuus ille quem Accursius, & Cujacius tradidere.*
3 *Explicatur.*
4 *Respondetur Fabro.*
5 *Alter conciliandi modus.*
6 *De Pragmaticorum sententia.*
7 *De furiosis, Pragmatici eos judicio medicorum relinquunt an tales sint.*
8 *De furioso in specie sumbrata quietis.*
9 *De regula semel furiosus semper furiosus.*
10 *Distinctio ad prædictam regulam.*
11 *Potius credendum testibus affirmantibus sanæ mentis testatorem fuisse, quam negantibus.*

1 FAteor, & egò quam plurima extare in Pandectarum libris, Juris Consultorum Respõsa ad invicem pugnantia, & fateor etiã *Vlpianum* plerumque à *Paulo* dissentijsse, & dissensionis vestigia adhùc remanere nõnullis in locis; Sed nego antinomyam illam, quam Interpretes agnoscunt inter *l.* 2. §. *si à furioso* 16. *D. pro emptore*, & *l. sed et* 7. §. *Marcellus*, *seu lege eum qui D. de publiciana* desperatam omninò esse, ut *Faber* contendit in hoc capite.

2 Siquidem cum plures conciliandi modi proponantur: poterit qui volet, altero, aut altero uti, & contrarietatẽ sedare; poterit, & illum admittere, quem Accursius tradidit, & recepère viri doctissimi *Jacobus Cujacius* 16. *obser. cap.* 29. *Franc. Duarenus ad tit. de usucap. cap.* 2. *Cisnerus ad l.* 3. *de usucap. n.* 18. & *Bronchosten.* 4. *Enant. cap.* 10. alijque dicẽdo *Paulum* mero jure attento, *Vlpianum*, & *Marcellum*, quod utilitatis causa receptum fuerat, & ex æquitate respondisse, ideòque diversa potiùs, quam contraria protulisse.

3 Et sanè si utriusque responsi verba perpendamus. Illud primò intelligemus, quod uterque Juris Consultus in proposita specie, de eo, qui ignorans à furioso emerat, fatetur emptionem non consistere, ideoque nec capi posse, & quod uterque innuit utilitatis causa, tamèn receptum, ut possit capi; qua utilitas non

fu-

furiosum ipsum, ut malè credebat *Robertus*, sed aut Emptorem ignorantem deceptumque respicit, eique succurrit, ut ex *Cujacio Mercator* monebat *lib.2. ammad.cap.27.* aut bonam fidem, & usum commerciorum; siquidem cum de furioso casus sit, qui & vendebat, & cum hominibus versabatur, atq; memor erat & negotiabatur, oportet ponere non prorsus eum desipuisse, & palam, sed fuisse in conspectu inumbratæ quietis: undè potuit emptor credere sanum esse; Neque eidem emptori imputari potest, quod cum furioso contraxerit: hoc igitur quod movit, velut utilitati ejusdem emptoris bona fide decepti succurramus, velut publicæ fidei, & commerciorum usui prospiciamus.

Porrò uterque J.C. fatetur stricto jure inspecto, quoniam nec emptio constiterat, nec usucapi poterat, Publicianam actionem non competere. Verùm Paulus concisè loquens, & ad principalem attendens quæstionem, Id ipsum absolute profert, tribus verbis, *Publiciana non competit*; at *Vlpianus*, & *Marcellus* magis se explicantes, & illud omne, quod utilitatis causa receptum fuerat propalantes: adijciunt; *Ergo, & Publicianam habebit*, sed ita adijciunt, ut ex eadem æquitate habiturum emptorem Publicianam innuant.

4 Quod si adversus hæc dixeris cum *Fabro nu.4.* non debuisse *Marcellum*, & *Vlpianum*, quod utilitatis causa in emptione receptum fuerat ad consequentias trahere, & Publicianam concedere, Responsio in promptu erit, scil. nequaquàm ad consequentiā trahi, quod introductum est, sed idipsum jam receptum explicari; ex quo enim affirmatum, emptionem valere, Publicianam etiam competere affirmari oportebat; nàm, & usucapio, ex valida illa, aut valida effecta ab æquitate, Emptione nasci oportebat.

5 Superest quoq; & secundus conciliādi modus, *Dion.Goth. Accursio* æqualis, aut insignioris *Glossatoris*; is namque in notis ad *d. l.7. §. Marcellus* tradidit distinguēdum esse utrū furiosus rem alienam, an verò propriam vendiderit; nàm si rem alienam, puta alterius cujusque, vendidisset; Publiciana competet, & usucapio, ratione illa ex intima juris prudentia deprompta, quod res non talis sit, quę vendi à furioso lex vetet, nam Rem suam vendere furioso lex inhibuit, non rem alienam. hinc cum respectu hujus prohibitio non adsit, curret juris communis dispositio, & Regula, quod rei alienæ venditio valeat *l.rem alienam 28.D.de contrah.empt.* At si rem propriam furiosus vendidisset, in apertam prohibitionem legis incidens, nil egisse eum cōstat, ideoque nec usucapio erit, nec Publiciana.

Quod si neutra allatarum Cōciliationum placebit, sunt & aliæ apud *Osualdum in Donello lib.vigesimo cap.8.litt.Q.* apud *Genoam in conciliatione legum* ad hæc Responsa *Marcum Linklamam libro membranarum 1.eglog.20.* est & nostra quam proposuimus *suspicionum libris*, ex quibus omnibus illud consequēs erit, non esse desperatam dissensionem, & posse pluribus modis conciliari.

6 Neque hoc ipsum negant vel *Repetentes*, vulgaresque *Pragmatici*, qui ideò ad has leges notant, titulum saltèm putativum sufficere ad inducendam usucapiendi conditionē, quod *Bartolus*, & *Baldus* latiùs declarant.

7 Cæterùm cum de furioso vendente sermo sit, operę pretium erit, & quid Nostri in foro de hac re recipiendum existimant, observare. Et primò illud potissimum fatentur, quod cognitio an quis furiosus fuerit, an verò sanæ mentis ad Medicos pertinet, ut *Baldus* docuerat *ad l.observare D. de curatore furiosi*, & *Alex.cons.86.n.5.lib.2.* à quibus, & alijs *Farinaceus in praxi crim.p.2.lib.3.q.94.num.4* & *Rota Romana in novissimis decisionibus dec. 107.p.1.n.6.* ideòque invaluit, ut solis Medicis de furore testantibus credendum sit, ut notant *Mascardus de probat concl.1034.num.10* & *Rota in d.par.1.dec.620.n.3.*

8 Secundo observant Nostri, quod quamvis furor vix se contineat, ideòque, Cum aut verbis, aut factis se ostendat, ex his probari possit, ut *Jason* scripserat, & *Castrensis ad l.idem Jul.§.constat D.de leg.1. Aret.in §.furiosi instit. de curat.n.4. Menoch.cons.82.num.213.vol.1. Grammaticus dec.2.n.2.* & *Rota in cit.dec.107*, adhùc tamen sunt nonnulli amentes, & furiosi, qui cum re vera tales sint, nedùm tales non esse, appareant, sed prudentissimè quandoque se gerant, & interrogati Respondeant, quive sint sæpiùs in specie inumbratæ quietis, ut in hac *l.* nostra furiosum venditorem fuisse ex *Cujacio* diximus: itaque cum quis, aut contraxerit cum similibus furiosis, aut aliquod ab his acceperit, quoniam rerum suarū non tamquam furiosi, & amentes, sed tamquàm sani curā gerant, Validos esse actus gestos, si modò tales, qui & à sanæ mentis homine gesti fuissent, fatendum erit saltèm utilitatis causa, ut in hac *l.* nostra; videndi proindè *Menoch.* & *Rota, ubi supra*, sicuti & *Zacchias quæst.medico.legalium lib.2.* in cujus
9 *cap. ult.* luculenter, & ad rem tractat de Regula illa, quam post *Interpretes* passim *Pragmatici* jactare solent, semel furiosum semper talem pręsumi; ideòque onus probandi incumbere ei, qui sanitatem alleget; nàm cum contrà hanc Regulam plerique sint, quos habes penès *Mascardum concl. 896.* Idem *Zacchias* vult distinguendum esse, observandumque, an dementia una ex earum sit, quæ cum febri, ut plurimum venire solent, & te-

cedente febri, eam quoque recessisse, tenendum est, nisi contrarium probetur, quod & *Riccius* sentijt *in praxi eccles.p.1.resol.38.n.7.* an vero dementia earum est, quæ & momentanea diei solent, & id ipsum dicendum erit scil. præsumi recessisse, & sanum hominem fuisse, ad quod faciant allegata à *Mascardo* loco citato, Aut denique dementia facta fue-
10 rit, ut Medici loquuntur, per consensum partium, & ex morbo per essentiã in cerebro existenti; & tùnc habebit locum Regula, quod semel demens, aut furiosus, talis semper præsumitur, & qui contrariom intendit, debet hoc liquidis probationibus ostendere, ut DD. docent apud *Mascardum*, & notavit *Parisius de resignatione beneficij lib.3.q.8.num.12.* quod si dementia ex Melanconiæ speciebus fuerit, locum indistinctè regulæ esse coosentiunt omnes.

11 Sed eum in conflictu probationum fuerimus, sitque dubium, an quis sanæ mentis fuerit, eum contraheret, aut cum testaretur nec ne? potiùs credendum erit testibus affirmantibus sanæ mentis fuisse contrahentem, vel testatorem, quàm è contrà id negantibus, ut scripsère DD. cum quibus citati *Mascardus concl.827. Menoch.de præsumpt.lib.6.præsum. 45.n.21. Rota Romana apud Farinacium dec. 204.p.1.n.9. Boer.dec.23.num.33.* Undè dici vulgò solet, duo testes de sana mente testificantes præferendos esse mille de furore deponentibus *Mascard.concl.1049.n.12. Regius Consil. Roccus responso 95. lib.1.n.24. & Reg. de Marin.quotid.lib.2.cap.225.n.2.*

Illud denique apud omnes constat, quod hi, qui de furore deponunt debent in specie de actibus, ex quibus furor elici possit deponere, ut advertit *Grat.discept.cap.531. Ludon. decis. Perusina 1.n.12. Spino in speculo testam. & Glosa rubr.p.10.n.9.* Scitum enim est, sæpè aliquos furorem aut fingere, aut tegere *Cornens cons.91.n.4.*



CAPVT XIX.

De sententia l. filio præterito 17. D. de injusto rupto, & irr. facto testamento.

SVMMARIVM.

1 *An Papiniani hoc responsum locum habeat extraneis institutis; plerique affirmant cum quibus Faber.*
2 *Sed contrà.*
3 *Quod probatur ex Verbis text.*
4 *Item ex ratione.*
5 *Reijcitur Fabri consideratio.*
6 *Nequaquam opus erat novo rescripto.*
7 *Non militat eadem æquitatis ratio in extraneis.*
8 *De l. si duobus 12. D. de bonor. possess. contra tab.*
9 *De l. 1. §. fin. D. si tabulæ testamenti nulla extabunt.*
10 *Dubitandi, & decidendi ratio ad l. prædictam.*
12 *Quid sentiant in præsenti Repetentes, eorumve sequaces Pragmatici.*
12 *Dispositio hujus legis habebit locum in testamento materno.*
13 *Approbato testamento, an approbetur onus in legitima impositum.*
14 *Merlini sententia.*
15 *Non esse tutam demonstratur.*
16 *Respondetur ad l. cum patronus 28.*
17 *Ostenditur in detractione legitime opus non esse hominis facto.*
18 *De filio approbante patris testamentum.*
19 *Distinctio recepta in clausula Codicillari.*
20 *Idve etiam dictante æquitate.*

1 ID, quod *Papinianus* scribit *in l. filio præterito 17. D. de injusto rupto*: quod scilicet filio præterito patris voluntatem approbante, testamentum ex bono, & æquo substinebitur, plures sunt qui generaliter acceptũ volunt, nempè, etiam de eo testamento, in quo extraneos hæredes à patre institutos fuisse appareat: ut videre est apud *Trentl disp.11 vol.2. Thesi 1. lit. C.*

2 Horum autem sententiam *Faber* nititur hic desendere, cum tamèn multò probabilior, adeòque ad J.C. verba, & ad rationem accommodatior, cõtraria sit quę docet, approbationem catenus de æquitate testamentum nullũ substinere, quatenùs hæredes aliàs intestatò successuri instituti fuerint.

3 Et quidem verba *Papiniani* id præseferunt ibi, *si præteritis fratribus partem hæreditatis non avocavit.* quorsum enim de fratribus mẽtio, si hoc ipsum fuisset si præteritus extraneis partem hæreditatis non avocasset? Sed replicat *Faber*, ità loquutum *Papinianũ*, quia species de fratribus institutis fuerat proposita; at hoc, & ego concedo, sed ideo negandum existimo, id quod ex æquitate J. C. in specie de filijs institutis altero filio præterito admisit, posse ad extraneos institutos trahi, & in testamentis omnibus locum habere, non eadem vigente ratione.

4 Siquidẽ ratio ipsa qua Papianus utitur adhibendã distinctionẽ esse inter filios, & extraneos convincit; nam eum non ex eo quod is, qui præteritus fuit injuriam remittat (hoc enim adeò movere non potuit, ut testamentũ nullum

nullum sustinendum existimemus; cum Juris Regula sit, privatorum pactis Jus civile nō lædi *l. nemo potest D. de leg.* 1.; Sed ex eo, ut sustineret ex æquitate testamentum motum *Papinianum* constat, quod etiam nullo existente illo ipsimet, qui instituti, omninò rem fuerant habituri, quoniam & ab intestato successuri fuerant: unde cum quæstio in meta Juris subtilitate versaretur, dicendum erit nō idem esse si extranei instituti proponantur. Nam cum hi ab intestato non succederent nulla viget equitas adversus rigorem, ut aliàs evenit *in l. filius* 12. *D. de vulgari*, & *pupillari substit.*

5 Hinc *Fabri* consideratio illa, quamà Præceptore *D. Ioanne Minutio* se accepisse jactat ad *tex. in l. Posthumus* 12. *de injusto rupto*, quod non tanti esse debeat favor testamenti, nèc approbati, nec reprobati, quanti illius quod expressè approbatum est, non admodùm ad rem in quæstione, de qua agimus adducetur; quoniam ut diximus hic non consideramus an approbatum positivè testamentum fuerit, an tantummodò non improbatum, sed considerámus rei exitum, & effectum, ex quo ap-
6 pareat an æquitati locus esse possit, & hoc etiam stante *Hadriani* Rescripto, de quo in *cit. l. Posthumus*, nam Rescriptum illud, cum *Imp. Hadrianus* ante *Papinianū* fuerit; & *Papinianeum* hoc responsum præcesserit, fueritq; receptum, vulgatumque apud omnes; satis erat, nec opus altero, & novo *Papin.* habuit ut sic responderet, uti respondit, neque de Rescripto, tanquam de re nova oportebat expressam fecisse mentionem.

7 Cæterùm quantumcumque voluntas testatoris approbata fuerit, quoniam nunquàm æquitas suadebit, ut filij sibi debita hæreditate priventur, & Pater impunè adversus leges eos prætereundo testatus in beneficium extraneorum bona sua disposuerit; ideò etiam stante approbatione testamentum non valebit, neque ex bono, & æquo sustinebitur. At quia Patri vice versa con-
8 donari potest, quando ob amorem eorumdem filiorum alicujus ipsorum oblitus, aut non curans fuerit, cum alios tamen instituerit, poterit testamentum, ut dictum est, sustineri.

Illud verò, quod scriptum extat in *l. si duobus* 12. §. 1. *D. de bon. poss. contra tabulas*, adeò apertè hanc, quam tuemur probat sententiam, ut nullo modo possit tergiversari eo colore, quod ibidem agatur de secundo testamento imperfecto, ideòque opus fuerit, ut is institutus in eo fuerit, qui ab intestato successurus fuisset; Etenim si verum esset solam approbationem filij injuriam remittentis, adeò potentem esse (quod *Faber* contendit) ut indistinctè testamentum etiam nullum posset convalidare; utique eadem sola approbatio testamentum imperfectum, quod minùs leges offendit, faciliùs sustinuisset, unde opus non fuisset institutos eos proponi, qui ab intestato etiam rem essent habituri.

9 *Vlpiani* verò responsum, quod extat in *l.* 1. §. *fin. D. si tab. testam. nullæ extabunt*, ad præsentem quæstionem, de qua agimus, nequaquam pertinere constat quidquid *Faber* comminiscatur. Nàm ratio dubitandi in illa specie, an filius pro virili admittendus à Prætore fuisset, non ea esse potuit, quam prætexit *Faber num.* 7. scil. quod approbari à filio testamentum poterat hoc enim cum facti esset, & ex facto penderet, nec præsumendum fuerat, nec in considerationem venire Juris Consulto de jure respondenti opus erat; alioquin vix unquam poterimus testamentum ullum, etiamsi nullum, & invalidum sit, tale esse proferre, & successionem heredibus ab intestato deferendam dicere; quia testamentum quodlibet quantumvis nullum potest ab eo, qui injuriam patitur, approbari injuria re-
10 missa. Igitur vera dubitandi ratio apud *Vlpianum* fuit, quod filius, qui exhæredatus proponebatur justè, & merens exhæredatus fuerat, ut vel ipse *Faber* tandem fatetur: hinc admittendus non esse videbatur: sed in contrarium ratio decidendi conclusit, ne inquam videretur testamentum per omnia irritum ad solam exhæredationis notam proficere: Nec hujusmodi dubitandi, & decidendi rationes apud Juris Consultos inusitatæ, & infrequentes, ut ostendit aliud *Triphonini* Responsum in *l. filium D. de bon. possess. contra tab.* ex quo intelligimus tamen nec apertas eas, & obvias, & J. Consulto indignas; cum tamèn *Vlpianus*, qui Prætoris edicta Commentarijs illustrabat, & non quæstiones ad partes disputabat, potuisset doctrinæ gratia etiam minùs dubitabiles Rationes afferre. Sed ad præsens hæc satis. Cætera ad *lib.* 9. *cap.* 14. ubi iterum de eadem re. Nunc autem quid *Repetentes*, quidve *Pragmatici* sibi velint disquiramus.

11 Et quidem illi in præsenti quæstione etiam acerrimè inter se digladiātur in foro; nā sunt qui idem ac *Faber* sentiant, & generalem sententiam hujus *l. filio preterito* esse velint; adeò ut etiā institutis extraneis approbatio filiorum testamentum nullum firmet, & validet. Ità *Clarus*, qui de communi sententia loquitur in §. *testamentum quæst.* 43. *num.* 3. *ver.* & *hec conclusio.* Sunt qui è contra testamentum, tùnc ob approbationem valere velint, cum successores ab intestato fuerint instituti cum antiquis quibusdam, & ex Neotericis eum *Cynnano* 10. *Comment. cap.* 4. *num.* 4. unde hinc inde facta dissentione communis est

G 2 con-

contrà communem, de qua *Cevallus lib. 1. qu. 21.*; dissentiunt quoq; in exquirendo an approbatio reconvalidet testamẽtum etiam de jure civili, ut videre est apud *Treutlerum vol. 2. disput. 11. thesi 1.*

12 Illud verò citrà controversiam recipiunt omnes, quod hoc *Papiniani* responsum locum habeat, etiam in matris testamento, si filius à matre præteritus, vel injustè exhæredatus, injuriam remiserit, ut *Guidon Papa* notavit *quæst. 596.*

13 Sed quoniã de approbatione sermo est, illud observare libet quod in quæstione illa, si filius institutus, & fideicommisso gravatus, simpliciter se immisceat, aut hæreditatem adeat. An fideicommissum injunctum, adeòque onus impositum, etiam super quarta legitima ad eum pertinente approbasse videatur? adhùc, quid dicendum apud nostros non constat. Unde varias commenti sunt distinctiones quas collegit *Fusarius de subst. c. 296.* Varia etiam adnotarunt apud *Merlinum de legitima quæst. 7. num. 26. & Castillum quotidian. lib. 5. cap. 107. num. 64.*

14 Cæterùm id, quod *Doctiss. Regens Merlinus contr. 2. cap. 48.* existimabat, nempè filium, qui ex paterno testamento, (in quo institutus fuerat cum onere universalis fideicommissi hæreditatem adierat) seque hæredem, ut nostri faciunt) declarari à Judice obtinuerat, habere quidem Jus detrahendi legitimam à fideicommisso, nec illam censeri subjecisse oneri à Patre injuncto, quoad vivat, sed non idem posse facere post mortem ejusdem filij hæredes; non sic simpliciter, ut quidam faciunt accipiendum, sed indigere distinctione pariter, ac explicatione mihi videtur.

15 Et quidem primò observandum est quod assertio proposita, & si forsan vera, aut saltem probabilis erit, quando filius, qui in vita acquievit paternæ dispositioni, & ex ea se hæredem fecit, & pro hærede se gessit, intestatò tandem decesserit: attamen recipi non poterit si filius decedens testatus fuerit, & alium quàm fidei commissarium hæredem fecerit; quoniam ita agens ostendit se paternę dispositioni, adeòque, & injuncto oneri cum moreretur non acquievisse. Tunc enim cum grave sibi illud sentire; & ut tale respuit, & si in vita, quando integram possidebat hæreditatem, tacuit, nunc testando cum aliter non posset impugnare se Patris voluntatem, ostendit, ut ponderat *Gomez variarum to. 1. cap. 11. de success. contra testam. num. 7.* ideòq; justissimè ille, qui hæres à filio institutus est legitimæ detractionem faciet: Neque ei poterit opponi, quod defunctus tacuisset, & oneri injuncto acquievisset, nam cum primum illud sentijt, non acquievit.

16 Secundò & illud quoque observandum, quod non rectè ex *l. cum patronus 28. D. de legatis 2.* argumentum ducitur ad præsentem quæstionem, non rectè enim ex quarta patrono debita ad quartam debitam filio jure legitimæ infertur; hæc enim favorabilior est, & post *Justiniani* novissimas constitutiones adeò amplissimis privilegijs cumulata, ut nulla alia quarta possit cum ea comparari; Et sanè cum jus quærelandi Patris testamentum in hæredes transeat filij, quando non transit in hæredes Patroni Jus dicendi, nullum liberti testamentum, si patronus non dixerit, ut communitèr, scribunt post *Baldum*, *Albericum*, *& Soccinum*, *Joannes Faber in §. cum autem sufit. de hæred. qua ab int. def.* & *Gomez. ubi sup. cap. 11. num. 8.* Multò magis dicendum erit compeltere eisdem hæredibus filij quartæ legitimæ detractionem, & si filius non detraxerit; licèt hoc ipsum non competat hæredibus patroni.

17 Denique si verum est, quod ipsemet Vir Doctiss. pluribus in locis fatetur, detractionem legitimæ ipso Jure fieri, sive potiùs ut dicere voluit onus legitimæ injunctum ipso Jure reijci, non rectè deindè hominis ministerium, & factum ipsius filij exquiret ad detrahendũ, aut ad reijciendum onus, quidquid sibi velint *Peralta*, *Surdus*, & similes adducti; nàm contraria sunt hæc, aliquid ipso Jure fieri, & fieri hominis facto sive ut dicunt J.Cõsulti fieri exceptionis ope, ut vel ex uno Juris loco discere poterant qui alitèr credunt, nempè ex *l. unus §. pactus ne peteret D. de pactis*.

Hæc autem cum ità sint, constat justissimè *S. Neapolitanum Consilium* apud eumdem *Reg. Merlinum cap. 59.* decidisse, competere hæredibus filij legitimæ detractionem, & si filius non detraxisset.

18 Porrò, & illud observandum Nostri volunt quod si filius fuisset injustè exhæredatus, verum ei legatum relictum foret, si hoc petierit, atque ità testamentum paternum approbaverit; obstabit ne possit quærelare si tamen illud legatum fuerit consecutus, nam si ab eo legato exclusus non obstante petitione, & approbatione, poterit quærelare, ut ex *l. nihil interest 12. §. si cum filius D. de inofficioso testamento*, docent *Bartolus*, *Angelus*, cæterique *Repetentes* ibidem, & inter Nostros *Regius Consil. Stabanus resolut. 35. num. 36.*

19 Eam autem distinctionem, quam nos in approbatione testamenti nulli, adhibuimus, an scil. extranei, an verò successuri ab intestatò fuerint instituti, adhibent, & passim Nostri cum de viribus Clausulæ Codicillaris disserunt; nàm Meliores eorum tùnc clausulam Codicillarem operari validitatem testamenti

menti nulli, aut injusti, volunt, cum successores ab intestato sive qui primum locum obtinent, in successione, fuerint instituti; non item cum extranei, aut cum uxor propria testatoris instituta proponeretur, Rejectis qui contrà reclamant, & generalem esse clausulæ codicillaris potestatem quibuscumque institutis (ut de approbatione facit *Faber*) contendunt, ut videre est apud *Turretum de clausula codicillari quæst.* 54. *effectu* 33. Nam pro sententia priore illud facit; quòd cum hæc potestas clausulæ codicillaris mera fictio sit, ne dicam merum figmentum interpretum, & constet ex juris regulis non alitèt legem civilem admittere hujusmodi fictiones, nisi in quantum ex illis iniquitas non resultat, ut ex *l.post liminio D. de captivis* notant *Bartolus*, *Baldus*, & alij cum quibus *Menochius lib.4.præs.*39. *num.*16. *& præsumpt.*89.*num.*9.& passim *& Robles de præsentatione lib.*1.*cap.*52. sequitur quod quia iostitutis extraneis maxima iniquitas resultaret, eaque adversus filios, aut successores ab intestato, si diceremus clausulam codicillaré testamentum alioquin nullum, aut injustum substinere, & ex hoc filium, aut successorem teneri extraneo instituto hæreditatem restituere; Omninò id dicendum non erit, ut ratiocinantur *Soccinus*, *Mantica*, & similes, cum quibus *Mercurialis Merlinus de legitima lib.*5.*tit.*2.*quæst.*4.*num.*10.

20 Accedit, quòd nèc rationabilis æquitas id exposcit; nàm si, ut ponderant citati *Doctores*, cum quibus & *Rota Romana* post tractatum ejusdem *Merlini decis.* 160. *nu.*12. ardor liciti amoris erga reliquos filios institutos excusat Patrem, quod unum eorum prætererit, aut exhæredaverit injustè, ideòque clausulæ codicillari fit locus hoc ipsum non procedet, si extranci sint hæredes facti; nàm nulla æquitas, nullusve liciti amoris ardor in filiorum perniciem pro extraneis, aut pro uxore admittetur. Videas ad rem *Thesaurum decisione* 141.*num.*15.& *Regium Consiliarium Hodiernum ad Surdum decis.*293.



CAPVT XX.

De lectione legis primæ D. de Servitutibus rust. præd.

SVMMARIVM.

1 *Interpretes laborant in explicanda servitute viæ, & servitute Actus.*
2 *Sententia Fabri.*
3 *Impugnatur.*
4 *Probatur Accursij distinctio.*
5 *Retinetur recepta lectio in hac lege.*
6 *Rejicitur Fabri conjectura.*
7 *Quæ & si reciperetur inutilis foret.*
8 *Explicatur l.* 2. *D. quemadmodum servitus amittatur.*
9 *Quid sit ambulare adversus Fabrum.*
10 *Qui deambulare possunt.*
11 *Quid Pragmatici sentiant.*
12 *De acquisitione servitutum.*
13 *An in dubio servitus realis, an personalis censenda sit.*
14 *Si fundo concessa servitus semper realis.*
15 *Pacta in concessione servitutum debent esse clara.*
16 *Socius in Territorio in quo habet jus pascendi, non potest animalia communia pascere.*
17 *Cum fundus dominans, & fundus serviens perveniunt ad eundem, quid dicendum?*
18 *Servitus itineris, & via concedenda.*

1 Interpretes omnes, antiquos, & recentiores non parùm laborasse dignoscimus in explicando, quidnam sit discrimen inter servitutem actus, & servitutem itineris, & viæ quando in actu via, & iter, & vice versa in via, & itinere, actus contineri verum est. Hinc plura commenti *Coras. in comment. ad tit. de servitutibus Conn. comment.*4. *cap.*12. *Donellus* 11.*comment.cap.*6. *& Osualdus ibidem lit.H.Duar.*1.*disput.cap.*31. *Vltejus, Hotom.*& reliqui *instit.* interpretes ad *tit. de servit. rust.præd. Tentlerus volum.* 1. *disput.*17. *Thes.* 4. *& M. Linkiama membranarum* 3. *Egloga* 12.

2 Nulli tamèn eorum in mentem venit, quod *Fabro* hic corruptam nempè esse lectionem *legis prima D. de servitutibus rust.pred.* ideòque emendandam esse, faciendumque, ut neget in servitute actus, & itineris quoque
3 servitutem, contineri quasi hoc ipsum nedum in cit.*l.prima*, sed & *in* §.1.*instit. de servitutibus* non contineretur, neque probaretur, ut probatur ex *l.*1. *D. de usufr. leg.* & ex *l.qui usumfructum* 58.*D.de verborum oblig.* ex quibus ingeniosè, ut solet, disputat adversus *Fabrum Bacovius* in notis *ad Trentlerum loco cit.*

4 Cæterùm mihi *Accursij* in hac re sententia placuit semper, & jure Viris doctissimis placuisse, semper existimavi; unde cum illo fore distinguendum assevero, inter servitutem itineris, & iter ipsum concessum, adeò ut qui actus servitutem habet, habeat quoq; & iter, at non itineris servitutem, scil. possit nedum vehiculum agere, aut jumentum ducere, sed iter ipse facere, non quidem tanquam itineris etiam servitutem, adeòque duas servitutes haberet; sed tanquam habens illam unam actus

actus ob quam possit itinere frui, veluti ejusdem actus servitutis parte.

5 Hinc Retinenda verba in *d.l. 1.* (*eoque uti potest etiam sine jumento*) facilè patet; quoniam illis exprimit Juris Consultus non cogi eum qui actus habet semper jumentum sequi, aut ducere, sed posse sine illo ire; non quia itineris etiam habeat servitutem, sed quia ire, qui actus habet etiam potest.

6 Nec verò simile est, ut *Faber* scribit *num. 4.* inepti Interpretis *Glossemma*, esse citata verba. Nam quomodo potuit idem interpres eadem prorsùs verba adnotasse ad *institutionum §. 1. de servitutibus*, quomodò tàm antiquus ut ab eo, libri omnes etiam vetustiores, & manuscripti eadem verba in contextu receperint.

7 His addendum est, quòd etiam admissa *Fabriana* emendatione, dispunctisque citatis verbis, illud ipsum *Vlpianus* diceret; nàm eo ipso quod dixit, *qui actum habet, & iter habet*, & illud quoque affirmavit, qui cum jumēmento ire potest, potest, & sine jumento ire. Nam quod *Faber* contendit, posse eum, qui actus servitutem habet, ire quidem, sed cum jumento, nec sine illo, ex diametro *Vlpiano* adversatur; nàm hoc esset, & itinere privare, cum eo tamen *Vlpianus* uti posse affirmet. Sanè qui ire non potest, nisi cum jumēto, iter certè non habet, sed actus tantūmodo partem illam, quæ principalitèr servitutem constituit.

8 At, & quod *Vlpianus in hac l. 1.* asseverat, id quoque, & *Paulus* asseverasse videmus in *l. 2. D. quemadm. servit. amittatur*, nàm ibi disertis verbis fatetur eum, qui actus habet, servitutem, ire per se posse; nec tergiversatio illa *Fabri*, quod *Paulus* loquatur de habente duplicem servitutem actus nempè, & itineris, placere potest; Siquidem ultrà quod divinate foret, adhùc ratio, qua utitur J. C. generalis adeò est, ut ad unam dumtaxat speciem, de eo, qui duplicem habeat servitutem restringi non debeat, tanto magis, quod ex eo quod verum est, eum qui servitutem actus habet, ire posse, deducit J. C. quod si statuto tempore, ierit tantum, adhùc actus servitute usus videbitur, eamque possedisse quod vix posset affirmari, si iter diversum ab actu esset, & duplicem servitutem habuisset is, qui altera tantum usus fuit.

9 Hinc sicuti nō vera asseveratio *Fabri*, quod is, qui actum habet, non nisi cum vehiculo, aut cum Jumento ire possit; ità è contrà nec vera asseveratio illorum, qui adeò ire posse volunt, ut duplicem servitutem actus, scilicet, & itineris habere eum faciant, quod nemo ex Juris Consultis dixit. Et quamquàm jus deambulandi non illud sit, quod credit *Faber num. 5.* scil. jus eundi pedibus sine jumento etenim, ut *Brissonius*, alijque observāt aliud est ambulare, aliud ire; nàm is, qui ultrò pergit, & ad sua negotia progreditur, vel
10 ad fundum alium vadit, ire dicitur: deambulare verò qui sanitatis, aut voluptatis causa, spatijs factis, in sua vestigia recurrit, & eadem repetit; ideòque in viridarijs, & prędijs gestationes, idest loca gestandi, & deambulandi causa, arboribus opaca, & amœnitate referta fuisse dignoscimus ex *l. si cujus 138. §. fructuarius D. de usufr.* Hinc vel ex hoc intelligimus plus habere eum, qui servitutem itineris habet, quam is, qui iter habet cum actu conjuncto, circa potestatem eundi; nàm qui iter habet cum actu, cogitur ultrò progredi, & si sine jumento eat; qui verò servitutem itineris habet, poterit, & ad libitum ire, & redire per eadem spatia voluptatis causa, atq; ità, & si ire necesse non habeat, deambulare, quo verbo accuratè *Vlpianus* usus est, cum de servitute itineris, aut viæ, non item cum de servitute actus disseruit.

11 Hæc autem nec *Pragmaticos* nostros ignorasse invenimus; nàm illi apertis verbis fatentur eum, qui itineris servitutem habeat, nedum accessum, & recessum, sed & de ambulationem habere: eum verò, qui actus, possequidem ire, etiam sine jumento, & accedere, & recedere, sed non deambulare, ut post *Cepollam de servitutibus rust. prad. cap. 1.* notat *Ioseph Ludovicus conclus. 76. lib. 1.* eum utramque servitutem scil. & itineris, & actus habere, & ire, & deambulare Eum posse velint, qui viam habeat DD. cum *Corneo cons. 292. lib. 4. num. 6. Beroo cons. 136. num. 5. lib. 3* & alijs.

12 Porrò cum vulgatum sit, servitutes acquiri pacto, vel præscriptione, juxtà regulam *l. 1. §. penult.* ubi *Glossa, & DD. D. de aqua pl. arce.* & admissum in praxi patet ex *Cepolla de servitutibus cap. 19. & Andreol. contr. 1. cap. 178.*

13 Dubitari contingit in foro, an ex eò, quod quis concesserit alicui facultatem eundi, aut aliam talem servitutem concessisse, videatur hanc servitutem realem, aut personalem, idest utrum personæ concessisse videatur, ideoque extincta persona eam extingui; an verò ità ut duret perpetuò, & sicut cętera bona, & jura ad successores hæredesq; perveniat? & quamquam decisionem hujus rei potius ex facto, & ex conventione sumenda sit, ut notant *Hartam. cap. 6. tit. de pactis, & transactionibus*, ex quo *Tepata juris sēt. lib. 1. tit. de servit.* in genere, adhùc tamen verū est, quod
14 semper quod Servitus habito respectu ad fundum aliquem, concessa appareat, & si personę concessa sit, realis, & non personalis censenda erit ex doctrina *Capycij Latro decis. 16. lib. primo n. 8. ubi, & Gizzius n. 21.* rectè observa-
15 vit, hujusmodi pacta de concessione servitu-

tum

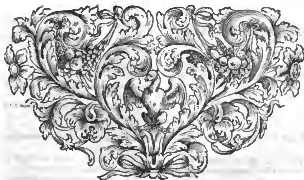
rem debere esse clata, & expressa, & si de illis dubitari contingat, concludentur probata ex Regula *l.altius C.de servitut. & aqua*, & ex his, quæ scribit *Afflict.dec.*400.*num.*10. *Grattanus cap.* 502.*num.*58.*Mantica de tacitis, & ambiguis lib.*23.*cap.*28.*n.*30.

16 Rursùs, & illud quoq; observandum Nostri volunt, quod socius, qui animalia ad soccidam (ut vulgò dicitur, habuit) non poterit illa ad pascua ducere, in quibus jus pascendi cum animalibus suis habet; nàm ità decisum refert *Freccia de subfeudis lib.*2. *anthor.*46.*n.* 4. quamvis *Capiblancus de authorit. baronum in pragm.*10.*n.*103.*lib.*1. posse pro parte pascere, pro parte non itè, socium credat, ideòq; separandam ab eo, qui pascere velit animalium partem illam, quam suam esse constat à sociorum parte, & cum illa pascere, non item cum ista suadet.

17 Insuper cum vulgatum sit rem suam nemini servire ex *l.qui ades D.de servit.urbanorum prad.& ex Capycio Latro dec.*16.*nu.*17. Solet quæri, an servitus debita ab uno prædio alteri, perveniente utroq; scil. dominante, & serviente ad eundem Dominum confusione extinguatur, & an vendito posteà prædio serviente, illa revivifcat? & Respondet *Rovit. decis.*98. distinguendum esse, an ad fundum dominãtem, qui penès venditorem remansit accessus, & recessus aliàs haberi possit, nec nè ex *Pauli* doctrina in *l.binas ades D. de servit. urban.prad.* unde Idem Rovitus de illa clausula disserit cum *accessu, recessu*, &c. & ità decisum refert: sed sunt qui confusionem, & extinctionem servitutis indistinctè admittant, inter quos *Fontanell.decis.*194.*num*, 10. *Molfes.ad consuet.tom.*3.*p.*13.*de servit. q.*4.*n.* 6.*Boer. cons.*47. *nu.*9. alijque ab *Altomario* ibidem luculentèr, & ad rem, ut solet, adducti.

18 Denique, & illud omittendum non est in hac materia, quod quandoque, & in certis casibus viam, iter, & hujusmodi servitutes vicinus concedere cogitur; ut videre est apud *Boerium dec.* 322. & *Josephum Ludovicum concl.*76.*n.*30.

Laus Deo, & B. Mariæ, & SS. Petro, & Paulo AA.



D. HIE-



D.
HIERONYMI
BORGIÆ J.C.
INVESTIGATIONUM
JURIS CIVILIS.
LIBER SECVNDVS.



CAPVT I.

De impensis in re aliena factis, & de differentia bonæ, & malæ fidei possessoris in illis deducendis.

SVMMARIVM.

1 *QVI tractant de impensarum deductione.*
2 *Sententia Fabri aquiparantis bona fidei cum mala fidei possessore.*
3 *Impugnatur.*
4 *Differentia inter bona, & malæ fidei possessores etiam in expensis necessarijs.*
5 *Respondetur Fabro.*
6 *Eadem differentia in expensis utilibus confirmatur.*
7 *Defenditur Accursius.*
8 *Explicatur Cajus in l.utiles 39.D.de rei vindicatione.*
9 *Pragmaticorum sententia.*
10 *Quid si Pauper sit.*
11 *Retentionem concedunt Nostri pro melioramentis.*
12 *Item, & jus offerendi.*
13 *Item, & hypothecam.*
14 *Quinimò cum pralatione.*
15 *Non tamen adversus mulieres.*
16 *Debene tamen opponi, & deduci Melioramenta.*
17 *Nam non deducta, nec liquidata non retardant executionem sententia.*
18 *An probentur illa per testes.*
19 *Emphitenta adversus Dominum opponet meliorationes.*
20 *Item conductor etiam ad longum tempus, etiam rerum ecclesiasticarum.*
21 *Item conventus ex l.2.C.de revocanda venditione.*
22 *Item & fiscus.*
23 *Modo expensæ fuerint necessaria non autem si voluptuaria.*
24 *An compensentur cum fructibus perceptis.*

1 DE impensarum deductione, an, & quatum sit concedenda, & quousque bonæ fidei possessori, vel malæ fidei, & in quibus unius sit melior conditio, quam alterius; Item de distinctione adhibenda inter petitio-

tionem hæreditatis, & rei vindicationem passim Interpretes, præcipuè Neoterici tractant; undè quæ dicenda sunt passim obvia inveniuntur apud *Donellum*, *Hotomanum*, *Oorectum*, *Gedenum*, *Kilkenium*, & similes adductos à *Trevtlero vol.1.disp.14.Thesi 19.* & à *M.Linklama membranarum 7.egloga 4.*

2 At *Faber* actum agens, ut ità aliquid se fecisse ostendat, disputat primò hic adversùs *Accursium*, deindè, & adversus *Cujacium*, & tandem ex utriusque sententia tertiam suam compilate conatur hinc.

3 Scribit sub *num.4. & Accursium*, *& Cujacium* putasse in petitione hæreditatis sumptus utiles tam bonæ fidei possessorem, quam malæ fidei semper detrahere, & servare, eum tamèn nequaquam ità *Cujacius* scripserit, sed de hac re tractans 10. *obser.cap.1.* disertè prædonem à bonæ fidei possessore distinxit; asserendo bonæ fidei possessorem sumptus petere, etiam si res non extet, in quam fecit, vel fructus non percepisset si tamèn percipiēdorum eorum causa fecit: at non sic prædo, sivè malæ fidei possessor; quoniam is non alitèr recuperabit quod expendit, quam si res extet, aut fructus pervenissent; Unde illud primò intelligimus differentiam à viro doctissimo assignatam fuisse inter possessorem bonæ, vel malæ fidei, & nō æquales eos existimatos: Deinde, & illud, hujusmodi differentiam nedum in expensis utilibus, sed & in necessarijs deducendis observandàm voluisse.

4 Et sanè in deductione expensarum necessariarum etiam vigere eam inter malæ fidei, & bonæ fidei possessorem, probat apertè *Pauli* Responsum *in l.planè.38.D.de petitione hered.* ibi *planè potest in eo differentia esse, ut bonę fidei quidem possessor, omnimodo impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit; sicut tutor, & curator consequuntur. Prædo autem non aliter quàm si res melior sit.* Unde ex his
5 verbis constat non benè *Fabrum* asserere hic *num.6.* quod necessariæ impensæ tàm bonæ fidei, quam malæ fidei possessori præstandæ sint. Neque ad id asserendum moveri debuisse ex eo, quod J.C. paulò antè dixerat *non debere petitorem ex aliena jactura lucrum facere*, sed quinimmò ex hoc addiscere differentiam debuerat, & dignoscere quam statuimus; etenim si quando res non extat, lucrum nullum petitor facit, sequitur, vel ex hac ratione impensas malæ fidei possessori non esse præstandas, quamquàm cū *Paulus* quid sentiat apertis verbis declaret frustrà per conjecturas, quid sibi velit, deducere ex ejus dictis minutim perpensis laboramus.

6 In expensis autem utilibus, earumq; deductione, si in judicio petitionis hæreditatis agatur, & res extet, erunt quidem pares in deducendo, possessot bonæ, & possessor malę fidei, quoniam, & hic Judicis officio ob æquitatem illā, Nè petitor cum aliena jactura lucretur impensas utiles, eas servabit, & hoc est, quod *Paulus* dicebat, haberi rationem impensarum etiàm in prædonis persona. At si res non extet, tùnc diversitas inter possessores apparebit; quoniàm alter, idest qui in bona fide fuit, recuperabit quod impendit; alter, qui in mala fide, non item. Quod si non essemus in judicio petitionis hæreditatis, sed in rei vindicatione, litem determinabimus ex dispositione tex. in *l.domum 5.C.de rei vindicatione* ad quem Titulū videndus optimè de hac re disserentem, ut aliàs solet *Anton. Perez. in prælect. ad Codicem.*

7 Ulterius illud etiam, quod adversus *Accursium* negantem malæ fidei possessorem in actione in rem speciali voluptuarias impēsas deducere Idem *Faber* opponit, ex tex in *l. in fundo §. constituimus D. de rei vindicatione*, ubi pictutas quas intèr voluptuarias impēsas enumeramus, ut corradere possit, permittitur possessori; poterit de facili elidi; Quoniam primò, quidquid sibi velint Intetpretes (quibus sicut, & *Fabro* hic, novissime adhæsit acutissimus *D. Hieron. Orozius de Apicibus juris lib.4.cap.8.sub n.2.*) dici poterit textum illum non aliter de malæ fidei, sed de bonæ fidei possessore loquutum, quod indicant verba illa *in fundo alieno, quem imprudens emeras*, quæ ostendunt imprudentèr emptorem emisse, idest bona fide, ut & Doctiss. *Gothofredus* in notis exponit; & proindè nō stringere adversùs *Accursium*: deinde Responderi, quod permissio facta eradendi picturas, nām tàm expensas servat, quàm destruit, facitque, ut neque is, qui fecerat, neque is, qui vindicat, utilitatem aliquam habeat.

8 Nec dissimili modo explicandus est Gajus in *l.utiles 39. §. videamus D. de petitione hæred.* Nam ibidem cum tentasset, an dici posset, quod bonæ fidei possessor pto voluptarijs impensis exceptionem habeat saltèm ad eas servandas, tandem concludit potestatem faciendam illi, ut tollat quæ sine rei detrimento tolli possunt; quæ conclusio ad bonæ fidei possessorem referenda est; atque ità non ad proximè dicta, ad primam propositionem, ne alitèr faciamus *Paulo Gajum* adversari. & quamquam sciam alitèr nonnullos docere, à quibus *Faber*; scio etiam delusus eos ex prædonis mentione à Gajo interposita, & ex modo illo concludendi ex abrupto, eum tñ animadvertere debuissēt quod ad propositam à principio quæstionem J.C. respondere opus fuit ne indecisam relinqueret: illamq; de bonæ fidei possessore propositam, non de prædone.

9 Sed Interpretes vulgares, & *Pragmatici*, qui eos sequuntur paulò alitèr hanc impen-

sarũ deductionem, quomodo faciendam explicare solẽt;& primò recepta ea distinctione intèr impensas utiles, impensas necessarias, & impensas voluptuarias, de qua *Cavalc.dec.* 15.*num.*22. *par.*1.*Bald.cons.*32.*vol.*2. *Alciat. Rebuffus*, & alij, ex quibus *Gedeus de verborũ significatione* pro certo affirmant quoad necessarias, itemque quoad utiles eas, tàm bonæ, quàm malæ fidei possessorem servare, & deducere posse: cum eo tamèn discrimine, quòd bonę fidei possessor exceptionem opponet adversus petitorem, atque ità recuperabit, etiam si res non extet; malæ fidei verò officium Iudicis implorabit, re tamèn extante, atque ità tex. hunc in *l.planè.D. de petit.hæreditatis*,& tex.*in d.l.Domum C.de rei vindicat.* passim explicant cum *Bartolo*, & *Baldo*, alijsque, & *Fachineo contr.*1.*cap.*54.*Costa de facti sciontia cent.*1.*dist.*34.*n.*13. *Personali in tractatu de petitione hæreditatis n.* 643. *Marsilio singul.*177. *Tiraquello de retract. Lignagier* §.15.*Gl.*1. *Garzia de expensis cap.*1.*n.* 23. *Marescotto lib.*2.*variar.cap.* 109. & *cap.* 112.

10 At si res quidem extet, & petitor pauper sit, ideoque solvere impensas nequeat concedunt Nostri possessori in hoc casu rei, ut illas, fundo illæso, auferat cum *Cavalcano p.*1. *dec.*32.*n.*71. & ad hunc casum de paupertate petitoris pertinere volunt *l.in fundo* §. *finge D.de rei vindicatione*, & adijciunt, quod si impensæ illæ sive melioramenta citra fundi destructionem tolli non possent, non potest possessor ad emulationem fundum destruere ex his, quæ notant *Surdus dec.*300. & *Francus dec.*110. sed debet melioramenta, quæ auferre non potest petitori relinquere, quod ipsum dicendum etiam volunt, si excessivæ meliorationes fuerint, adeò, ut petitor illas exolvens, ferè toto fundo privaretur, de qua re vide tradita à *Tiraquello de retractu convent.*§.7.*Gl.*1.*n.*5. quamquàm frequentiùs in hoc ultimo receptum fuerit *Velasq.* temperamentum *de jure emp.q.*25.*nu.*10. teste *Amendola ad Francũ*, ubi supra, ut scilicet res remaneat penès possessorem meliorantem, quousque ex fructibus sibi satisfiat. Cætera ad rem penes *Menochium* habes, optimè de hac re, ut solet differentem *de arbitr.cent.*3.*casu* 158.

11 Quærũt etiam in bac materia Nostri, an ob utiles impensas, siue sicut ipsi dicũt ob meliorationes forensi enim hoc utuntur vocabulo (passim, & si sciant illins significatum latius porrigi, nec solùm melioramẽta, quæ proptèr impensas erogatas à possessore, in re sunt facta, sed etiam omnia ea, quæ aut ex natura, aut ex industria, aut ex utroque provenienr, de quibus *Benintendens decis.* 77. complecti) Quærunt itaque an ob utiles impensas, sive meliorationes possit se tueri possessor adversus Creditorem hypothecaria actione agentem, & assistentiam, ut dici solet in boc Regno, petenrem adeò ut illum excludat, quousque ei impensas non offerat?& Respondent magis communitèr affimativè cum *Masullo in additione ad Capyc. dec.*202.*Riccio ad Frãcum decis.*38. in principio, quamvis, ut solet, non desint qui contradicant, & qui distinguendum esse autumant, ut videre est apud *Capycium decis.*23. *Fuscum singul.*16. *Thesaurum decis.*251. *Barzium decis.*23.*Ludovicum decis.*24. aliosque apnd *Amendolam ad Francum citata dec.*38. *sub.n.*14. & si hoc quod scriptum est in hac *l.in fundo D.de rei vindic.* habere locum, cum ipsemet Dominus vindicat, non item cum Creditor petit, in confesso, apud omnes sit ex *Franco* ubi *suprà num.*5. vers. itèm advertendum.

12 Ex hac autem Retentione deducunt ijdem, eum qui meliorationes fecißet habere jus offerendi, idcòque posse rem retinere, oblato Creditori pretio, quod eo tempore quo agitur, Res valet deductis meliorationibus, & si illud ad Creditoris integralem satisfactionẽ non sufficiat, ut constat ex citata *Franci decis.*38. & ex *Amendola* ibidem item ex *Surdo dec.*311.*n.*7. & similibus cum tamèn in hoc cæteri *Pragmatici* dubirent, & varij sint, ut videre est apud *Magonium doc.*9. & *decis.* 51. *Vivium commun.opin.*496.*Merosinm do jure offerendi num.*78. *Vrsillum ad Afflictum decis.* 87.*Covar.lib.*1.*variar.cap.*8.*n.*3.*Cyriac. contr.* 194. de quotum sententia quidquid sit in stricta disputandi tatione Praxis tñ osservat, ut possit possessor qui melioravit rẽ offerre exstimationem licet nõ ascendat ad creditũ *Reg. Sanfelic.doc.*104.*Cons.de Mesa* 1.*variar.c.*49. & *Luca in obser.ad citatam Franci dec.*

13 Neque his contenti *Pragmatici* sunt, sed ultrò progrediuntur, & postquam retentionẽ dedère, concedunt etiam possessori, ut super factis ab ipso meliorationibus privilegiũ potioritatis habeat adversus alios Creditores; etiam hypothecatios, etiam privilegiatos, ut post *Gl.Parisiensem in* §.1.*Gl.*5.*n.*94. & *Gl.* 8. *num.*31. adnotavit ad *Francum in citata dec. Riccius* qui hoc verum esse voluit quamvis
14 fuerit inter privilegiatos, adversùs quos meliorationes opponuntur, Mulier, quæ pro dote agat, & si Justinianus apertè reclamet in *Authent. de æqualitate dotis sive in Novella* 97. cũ tamèn non idem dicendum esset, quidquid alijs visum sit, quoad Cæteros Credito-
15 res anteriores, ut notat *Gaspar Tesaurus qu.* 71.*lib.*1. *à n.*5. Nec audiendus *de Luca* est qui *in obser.*456. nimis *Franco* addictus gratis reprobat distioct. *Giurba*, & *Mesa* intèr meliorationes factas ab ipsomet debitore, quæ, sub bypotheca cadunt anteriorum Creditorum, & meliorationes à Tertio factas, quæ

non

non cadunt, ut benè *Merlinus scripsit de pignor. lib.2.q.69. num.4. & Pauli* Responsum *in l. paulus 29. §. domus D. de pignor.* aut impropriè loquitur dum superficiem *videri* sequutam quoad pignotis causam jus soli,ait, aut strictò jure id admittit: quod apud nos qui, ut *Thesaurus* advertit ex bono, & æquo hanc rem tractamus obtinere non debet.

16 Porrò illud rectè Nostri monēt,quod agēte hypothecaria Creditore,debet statim Possessor adversus illum deducere meliorationes factas,atque opponere, ad hoc ut lata sententia, etiam de his mentio, fiat, & res perita nū restituatur, nisi ipsis solutis: & ità adnotavit *Tartaglia in praxi Magnæ Curiæ cap.6. nu.* 10. *& Ludovicus in decisionibus Perusinis cap.* 4. & 394. & 58. alioquin,si nec deductæ, nec liquidatæ meliorationes fuerint sententię da-

17 tæ pro Creditore, exequutio retardari non poterit, *(apyc.cit. decis.*17. nam etiam si fuerint deductæ, sed non adhùc liquidatæ, exequutioni sententia dabitur, & sufficiet Creditori, si cautionem dederit de solvendis meliorationibus, quandocumque fuerint liquidatæ *Puteus dec.*471. *lib.*2. id quod habebit locum adhùc quod in sententia dictum foret, solutis meliorationibus, si credimus *Mastrillo dec.*98. *p.*1. quomodo autem hujus-

18 modi meliorationes opponantur, & quomodò in judicio probentur notat *Puteus dec.* 474. *lib.*2. Et negat per testes probari posse; sed distinctius rem totam explicavit *Cartarius decis. Rotæ Senensis* 72.

19 Denique, & illud quoq; Nostri admittunt, quod emphyteuta sive illius hæredes adversus dominum finita emphyteusi vindicanti rem emphiteuticam (nam si reversa ea ad dominum foret ob culpam emphyteutę aliud dicendum) possit excipere de impensis utilibus, & necessarijs à se factis, & si hæredes extranei forent ex *Franco dec.* 192. ad quem Addentes, & *Gamma decis.*22. sicut, & hæredes feudatarij adversus dominum ad quem feudum revertitur qui tamèn electionem

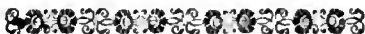
20 habet, ut in §. *si vasallus sub titul. hic finitur lex* de qua *Francus, Luca decis.* 110. *& Molef.dec. penes de Marinis quotid. lib.*2. *res.*134.*n.*13. quod & ad conductorem porrigit *Ripa obser.*116. etiam si conductor ad lōgum tempus fuisset *Cavalc.dec.*44. etiamsi Rei Ecclesiasticæ ultra triennium *Ludovicus dec.*

21 *Perusina* 34. & ampliāt quoque ad conventū remedio *l.*2. *de rescindenda venditione*; nam & hunc, si ab eo res ex tali remedio petatur posse de impensis utilibus, & necessarijs factis in re possessa excipere, voluit *Gamma dec.*310.

22 His addunt, & fiscum quoque expensas erogatas pro incorporandis sibi bonis Vasalli rebellis deducere adversùs Creditores ejusdem Vassalli *Afflictus in cap.*1. *vers. & eorum bona colum.*10.*n.*119.*tit.quæ sint Regalia*, *& Garzias decis.*98.

23 Cæterum quoad impensas voluptatias attinet, constat apud omnes non deducere eas posse malæ fidei possessor sive is emptor Rei pupillaris absque solemnitatibus fuerit, sive Rei fideicommisso subiectæ, scienter acceptæ, ut notant *Garzia* de expensis, & meliorationibus *cap.*5.*post Gl.in l.fin.§. emptor* in verbo *meliorat. §.com.de leg.Negusan. de pignoribus* 4.*membro* 5.*partis n.*19. *Marzarium in Epit.de fideicom.q.* 66. *Peregrinum de fideicom.art.*50.*n.*63.

24 An autem, & quando meliorationes cum fructibus à Re possessa perceptis compensentur notant Addentes ad *Francum* locis citatis, & novissimè *Consil. Staibanus resol.*53. *& in observat.num.*6.



CAPVT II.

De emendatione,& sententia l.Pater familias D. de rebus authoritate Iudicis possidendis.

SVMMARIVM.

1 *Quid nobis suadere hoc capite Faber velit.*
2 *Reicitur emendatio.*
3 *Vera communis traditio, quod per nudam sui heredis existentiam tabulæ pupillares confirmantur.*
4 *Eadem fulcitur ratione.*
5 *Obiectio Fabriana.*
6 *Responsio.*
7 *Explicatur l. apud Julianum* 11.*D.ad trebellianum.*
8 *Si substitutus pupillaris fuerit institutus ciq; datus Cohæres.*
9 *L.*2.*& l.si plures pertinent ad filios exhæredatos.*
10 *Parum de præsenti dispositione curant Pragmatici.*
11 *Fatentur tamèn filium substitutum nō esse hæreditatem cogendum adire.*
12 *Filius se abstinens à patris hæreditate potest fraternam admittere.*
13 *Quid Pragmatici de nuda existentia sui hæredis.*
14 *Qua dixerant ampliant.*
15 *Reicitur ampliatio.*
16 *Neap.Consuet.admittit divisionem bonorum.*
17 *Pragmatici admittunt substitutionem pupillarem etiam pupillo non nato.*
18 *Sed hæc traditio revocatur in dubium.*

1 DUO sunt quæ hoc capite *Faber* nobis suadere conatur. Primum, quod emendanda sit, modo suo lectio *l. Paterfamilias 28. D. de rebus autoritate Judicis possidendis*. Secundum, quod falsom sit id quod vulgò jactari solet, nudam scilicet sui hæredis existentiam tabulas pupillares confirmare.

2 Sed quoad primum attinet, quamquàm negari non possit pessimè à librarijs tractatam fuisse literam citatæ *legis paterfamilias*; ideòque emendandam, quod & nos conati sumus facere suspicionem libris: attamèn *Fabriana* emendatio prorsùs reijcienda videtur, vel eo nomine, quòd non tàm emendat, quàm mutilat legem ipsam, atque integram clausulam illam (*postquam pupillus se paternæ miscuerit hæreditati*) detrahit, quando totam habent tùm *Florentini*, tùm libri omnes; nèc verisimile est imperitum librarium tot verba de suo adjunxisse.

3 Circa secundùm verò existimo, Quòd vulgò dici solet suitatis jure potentissimo fieri, ut vel filio se abstinente, pupillares tabulæ substineantur; verissimum esse, atque rectè deductum, probatumque ex *l. Julianus 41. D. de acquir. hæred.* alijsque Juris locis, ultrà hùc in *l. Paterfamilias*, haberc etiam, & apertam

4 illam juris rationem, quod sicut Prætor facere non potest, ut quis hæres sit, ità nec facere, ut cum hæres fuerit, desinat hæres esse *l. ait Pretor §. sed quod Papinianus D. de minoribus*, quod ne lege quidem fieri posse dicebat *tex. in l. ex facto 43. §. ult. D. de vulgari. & in l. ei, qui solvendo D. de hæred. instit.* Et licet abstentionē à paterna hæreditate Prætor filio concedat: ex ea tamen non faciet, quoniam facere non potest, ut filius de Jure hæres, desinat esse hæres; hinc cum non desinat esse talis, hoc satis esse ad tabulas pupillares substinendas visum fuit.

5 Neq; obstat quod *Faber* opponit scil. hanc nudam sui hæredis existentiam, cum nomine tantum filium hæredem faciat post abstentionem, non videri sufficere posse ad tabulas pupillares: eo quod verisimile non sit testatorem, cum hæredem nominavit, de nomine tantùm hærede sentijsse: idvè ex eo convinci; nàm alioquin si sufficeret suos solo nomine hæredes mansisse, utique illis nunquàm posset vulgaritèr substitui, nàm nunquàm non hæredes, saltem nomine, erunt.

6 Siquidem Respōdetur; longè diversum esse tractatum vulgaris à tractatu pupillaris substitutionis; etenim cum Pater filio proprio pupillaritèr substituit, jam pro certo habet ipsum hæredem futurum, idque tàm certum supponit, ut nec suspicetur non futurum, nàm alioquin si suspicatus de hoc foret vulgaritèr ei substituisset, unde totus in eo est, & in eo sollicitus, ne præmatura morte præventus filius, hæreditate non gaudeat, eaque rursùs sine hærede remaneat, aut non ad eum, ad quem vult ipse Pater vadat, & ab inrestato. Hinc solùm huic rei incumbens, huic soli providet, & reliqua in dispositione legis omittit: hinc operabitur lex in eo, in quo mancus fuit testator, & statim suum hæredē filium faciet, & si ille à bonis se abstinuisset. Cæterùm si Pater nedum de præmatura morte filij cogitavit, sed an futurus ei fuerit hæres, & nedùm in pupillari casu, sed etiam in vulgari providit, ita ostendens, se sola dispositione legis contentum non esse, & aliquid ampliùs desiderare, atq; hāc specialem provisionem exquirere, in hoc casu non sufficiet, ut solo nomine filius hæres remanserit, sed oportebit, ut hæres sit cum re, & effectu, alioquin locus erit substituto, quasi restatoe substituendo filio suo, *si hæres non erit*, videatur substituisse etiam in eum casum, in quo hæres fuerit.

Quòd si proponas extraneum hæredem institutū, atq; hunc etiam pupillaritèr substitutum exhæredato filio, tùnc certè vulgari traditioni locus non erit; nàm si extraneos hæreditatem Patris repudiaverit, & posteà voluerit pupillo vigore substitutionis succedere, non erit admittendus, nec tūc nuda sui hæredis existentia poterit juvare; Primò, quia nec suus hæres pupillus exhæredatus dicendus erit, quando exhæredatione Jus suitatis penitùs abscissum ab eo est, ut demonstrabimus *lib. 9. cap. 10.* Deinde, quia hic substitutus in edictum incidit; dum commodum ex testamento illius captare intendit, cujus judicium hæreditatem repudiando improbavit. Et ad hunc casum pertinere *textus in l. apud Jul. 11. §. idem Julianus D. ad Trebell. in l. apud Jul. 42. D. de acquir. hæred.* & similes, quibus hic abutitur *Faber*, nemo non videt.

7 Sed illud hic omittendum non est, quòd in *d. l.* apud *Julianū 11. §. idem Julianus*, jam certum erat adeundam hæreditatem, ideòq; nunquàm de eo dubitatum fuisse; Sed quæsitum, an ambo instituti, & substituti cogendi forent ab his qui in testamenti tabulis fideicommissum acceperant? & ad id *Vlpianus* respondet, sufficere, quod unus cogatur, ut ambo postea cogi ex substitutione possint.

8 Porrò si pupillaris substitutus non ex asse, scriptus hæres à Patre fuerat, sed ex semisse, dato scil. ei cohærede, tùnc permittendum esset ei, ut semissem sibi cōringentē ex paterna hæreditate repudiet, & pupillarem hæreditatem petat; quod admissum, constat non ob sui favorem, quo indignus se fecit, dum testatoris qui eum instituerat, & substituerat (circa institutionem) Judicium improbavit, sed ob favorem pupilli, ut quando

do Pater hærede non caruit; nàm uno ex institituris repudiante, alium habuit, nempè quem cohæredem ei, qui repudiavit scripserat: habeat & ipse pupillus, hæredem etiam illum, quem Pater ei dedit, hinc condonatum ob id fuit substituto, quòd repudiasset semissem, & hæc omnia concinne *Tribon.* nobis ptoposuit in *Juliani* responso, & *Marcelli* ad illud notis in *l. Julianum 42. D. de acquir. hæred.* cum qua conjungendis *l. ita tamen 27. §. qui suspectam D. ad Trebell. l. Paterfamilias* secundum nostram emendationem *D. eod.*

9 Denique id, quod diximus suprà; hæredis nudam existenriam nô operari, cum filius, cui facta substiturio exhæredatus fuetit, facit ne obstet *l. 2. & l. si plures D. de vulgari*, in quibus cum de exhæredatis filijs sermo sit, non possunt ipsæ ad vim, & potenriam suitatis infringendam, aut debilirandam allegari.

10 At si ea, quæ in foro vigent, disquiramus, inveniemus parùm, aur nihil de filio se abstinente, aut extraneo repudiante disceptari apud *Pragmaticos*, quoniam postquàm Justinianus suum illud inventarij beneficium induxit, & ipsi mordicus arripuère, eòque ut vulgò dici solet, tanquàm herba Bettonica ad omnia utuntur, vix ampliùs abstentionibus, aut repudiationibus locus relictus est, ut observant *Vasquius de success. Crea. §. 1. num. 24. & Cavalc. in tract. de tutor. & curat. n. 48.*

Quod si nihilominùs parum de inventario curando, abstineat se suus hæres, quanquam is, nomine hæres maneat, non tamèn inquietari posse à Creditoribus, & legatarijs, sicùt nec scriptus hæres, qui repudiasset, fatentur Nostri post *Bartolum, Baldum Zasium, Azonem*, & similes, in citaris Juribos in *l. Paterfamilias de rebus, aut: judicis possid.* sive *in l. Paterfamilias 12. D. de privileg. creditorum.*

11 Parum quoq; faciût Nostri, quod filius patris judicium impròbet; nàm non propterea excludi eum ab hæreditare fraterna, eo quòd à paterna se abstinuisset côcludunt cum *Bartolo*, & *Baldo* id explicantes in *l. si pupillus 42. D. de acquir. hæred.* quod multò magis locum habere volunt, si ob pactum, aut Statutum co-
12 geretur quis à Patris hæreditate se abstinere; nàm & in hoc casu fraternam si volet obtinebit *Papinius* ad consuet. *Brabantia §. 305. Cravetta cons. 42. Præpositus ad cap. tres erant fratres. In fine de eo, qui fecit, &c.* Sed ad hanc rem de acceptatione hæreditatis pro parte omninò videndus erit *Menochius præsumpt. 4. cap. 101.* sicut ad materiam suorum hæredum, & de eorum commodis *Grassus Recept. sent. §. suitas.*

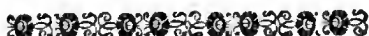
13 Cæterùm quoad principalem attinet quæstionem: sui hæredis nudam existentiam tabulas confirmare pupillares, atque ita adversùs *Fabrum*, uno ore concludunt omnes apud *Fusarium de subst. cap. 132. num. 1.* qui & sub
14 *num. 5.* notat ex communi sententia, confirmationem sequi ex nuda sui hæredis existentia, nedum si testator his verbis substituisset pupillo, *si in pupillari ætate decesserit*, sed etiam si adjecisset, *si filius hæres non erit, & in pupillari ætate decesserit.*

15 Sed vereor, ne hujusmodi ampliatio falsa sit, nedùm ex his, quæ contrà eam dispurant *Butrig. ad l. precibus 2. de impub. & alijs subst. & Politus de subst. pupillari quæst. 5. num. 11.* ab eodem *Fusario* in contrarium adducti; Sed etiam quia (ut suprà dicebamus) cum Pater testando, nedum sollicitus est de filij prænatura morte, sed etiam de existentia hæredis in ipsius persona, & ad utrumque casum providet; tàm scilicer si hæres non erit, quam si fuerit, & pupillus decedat, satis ostendit non esse eum contentum sola legis provisione, ideoque non sufficere, ut hæres existat filius, eo modo, quo lex eum facit, sed plenè, & cum re esse hæredem oportere, ut testator hæredem eum esse voluit; proindè si id non sequarur, vulgaris substitutus tanquàm & in illum casum vocatus, *si nudo nomine filius hæres remanserit*, admittetur aperta voluntate restatoris innixus, ut ijdem *Pragmatici* admittunt penès eumdem *Fusarium quæst. 55.*

16 Porrò quamvis concedant Nostri; substitutum pupillarem non posse pupilli hæreditatem scindere, & partim acceptare partim respuere, sicut nec Patris hæreditatem repudiare, pupilli autem admittere, ea potissimum de causa, quòd repræsentatio defuncti individua esse debeat, nec leges permittant quemdam testatum, & intestatum mori: Id tamèn negant locum habere, ubi alitèr aut statutum jubet, aut consuetudine admissum est; ut esse in Civitate Neapolitana constat, in qua adsunt consuetudines Receptæ, atque in scriptis redactæ, quæ inter alia permittunt Civem pro parte testatum pro parte intestatum decedere. Hinc si qui testatur bona antiqua habeat, de medietate eorum validè disponet, atque hæredem in ea habebit; in alia verò tanquàm intestatus decessisset, proximiores ex ea linea, à qua bona obvenerant, ad successionem admittentur: hinc his positis si fingas patrem substituisse filio suo, si in pupillari ætate decesserit; & si fingas filium pupillum decessisse, Substitutus admittetur quidem ad omnia pupilli bona, sed non integrè, & ad illa quæ eidem pupillo, à Matre, aut à materna linea obvenerunt; nàm ad horum medietatem eo excluso proximiores ex materna linea admittentur juxtà consuetudinum præscriptum. *Regens de Marinis quotid. lib. 2. c. 129.* qui & videndus quoq; *c. 265.*

17 Illud

17 Illud tamèn difficile videtur, quod scribunt plerique post *Manticam de conject. ultimarum volun. lib. 5. tit. 4. num. 10. Peregrinum cons. 57. num. 2. vol 3. Surdum cons. 236. nu. 6. & decis. 37. num. 27.* quos sequitur *Botilierus de success. ab intestato Theorema 72. nu. 2.* substitutum scil. pupillarem datum posthumo admittendum, etiamsi posthumus non nascatur corrupto in ventre, aut edito mor-
18 tuo; Siquidem hoc casu ne nuda quidem hæredis existentia adest, quæ tabulas pupillares confirmet, nèc potest diei Patri successisse filius, qui nullus fuit, & antequàm ederetur in lucem decessit; atqui (dicunt illi) succedet substitutus non quidem ex pupillari substitutione, sed ex vulgari sub pupillari expressa, subintellecta: supponunt, ergò subintelligi vulgaris sub pupillari? at hoc si eadem facilitate, qua affirmant, eis negetur quid Respondeant non habebunt? fanè, & ex *Pragmaticis* ipsis, an id verum sit dubitare coguntur plerique ex his, quæ habent apud *Angelum Soccinum*, & *Menochium*, ex quibus *Regens Marcianus disput. 68. nu. 9.*



CAPUT III.

De lectione legis si dictum 56. D. de evict.

SUMMARIUM.

1 *Explicatur l. si dictum de evictionibus.*
2 *Corrupta lectio dicta legis.*
3 *Cujacij emendatio recipienda.*
4 *Explosa altera ab Antonio Fabro hic adducta.*
5 *Quid Pragmatici sentiant ad hanc legem.*
6 *Simplum pro evictione venit de natura evictionis.*
7 *Non item in donatione, & dotatione.*
8 *Quid si donatio sit Remuneratoria.*
9 *In contractu venditionis sciens emptor, cautus esse non debet de evictione.*
10 *Quid si sciens emerit, sed sibi caveri voluit.*
11 *In legatis debetur evictio.*
12 *Fiscus semper ad simplum tenetur.*
13 *Emptor in Judicio evictiones debet illud facere, quod diligens Pater familias fecisset.*
14 *Evictionis exceptio non impedit instrumenti quarantigiati ut vocant, incusationem.*

1 SI non dictum in venditione fuerit quanti venditor evictionis nomine præstabit, nil aliud præstare venditor cogetur, evictione demùm sequuta, quam simplum, & id quod interest; nàm hoc ex empto venit, ut *Javolenus* respondet in *l. si in venditione 60. D. de evict.*, quod si in ipso contractu emptor uberiùs sibi cautum voluerit, poterit ex edicto Curulum duplum à venditore stipulari modo de venditione rerum pretiosarum, aut servorum tractetur *l. 2. l. emptor 37. D. eodem de evict.* Hæc autem dupli stipulatio adeò in usu recepta fuerat nàm emptores omnes simplo non contenti, de duplo sibi à venditore in casu evictionis præstando cavere sibi solliciti erant, ut si per errorem simplum non duplum in stipulatione præstandum, dictum fuisset adhùc ad duplum qui promiserat, venditor teneri, *Neratius* docuit, & *Ulpianus in citata l. emptor 37.* & tamen neque his contenti Emptores, neque Curulum edicto plenè satisfacti, quandoque triplum, & quatruplum evictionis nomine stipulabantur, idvè sibi præstandum ex conventione volebant, ut *Paulus* in hac *l. si dictum* fatetur.

2 Caterùm quoad lectionem attinet hujus *legis si dictum*; non inficias eo corruptam esse, ideòque emendandam, ut jàm ostendit vir doctissimus *Jacobus Cujacius 11. observ. cap. 4.* sed contendo non alia quam ejusdem *Cujacij* emendatione recepta, legendumque
3 (*si dictum fuerit, vendendo, ut dupla promittatur*.
4 Neque audiendus est *Faber*, qui retinendam particulam *simplum* suadet, & in sequētibus postea legendum (*aut duplum, aut triplum, aut quatruplum*) quoniam adversus *Fabrianam* conjecturam facit, quod eum simplum, & si cautum non fuisset, debebatur, vix credi potest, prudentem Patrem familias adeò oscitantem, & otiosum fuisse, ut illud sibi præstandum particulari provisione stipulatus fuerit; tantò magis quod si id egisset adhùc per errorem, ità fuisse stipulatum credebatur, ideòque duplum præstari oportebat, ut jam diximus ex *cit. l. 37. §. ultimo*, unde constat non æmulatione ductum, sed juxtà de causa hanc *Fabri* emendationem rejecisse *Bacovium ad Treutl. disput. 2. Thesi 5. lit. B. volum. 2.*
5 *Pragmatici* autem postquàm ex hac *l. si dictum*, *Brocardicum* illud post *Bartolum*, *Baldum*, & reliquos desumpsēre, quod simpliciter dictum, simpliciter est intelligendum; tractant quoque, & quædam notant, de simplo evictionis nomine promisso aut duplo, eum *Mangilio de evict.* pluribus in locis, præcipuè *quæst. 181. & quæst. 200.*
6 At illud, quod monuimus scil. esse de natura contractus venditionis, ut evictio promissa cēseatur, & pro ea simplū veniat, & quod ad illud venditor, sequuta evictione tenetur; vulgatum apud nostros est; qui & adijciūt
7 non idem dicendum esse in donatione, aut in dotis constitutione; nàm in his nisi expressè fuerit de evictione conventum, ne ad sim-

simplum quidem tenebitur donans, aut dotans, *ut Alber.* scripsit ad *l. evictu n. 1. C. de jure dotium. Mastrillus dec. 26. num. 14. par. 1. Surdus de alim. tit. 7. q. 10. num. 28. Fontanella de pactis nupt. Gl. 5. Cl. 8. p. 14. n. 2.* Et hoc ampliant plerique, etiamsi donatio facta jo remunerationem præstitorum servitiorum asseretur, si modò servitia præstita, aut non magni fuerint momeoti, aut non talia, ut pro eis danda fuisset actio, ut ratiocinatur *Decius in l. si donatione n. 35. C. de collat. Loffredus de feudis §. Titius col. 2. sub tit. si de feudo defuncti contr. fuerit*; nàm nec pro feudo concesso Dominus de evictione tenetur juxta doctrinam *Freccia de subfeudis lib. 2. auct. 5. num. 17.* Videndi tamèn ad hanc materiam *de Ponte conf. 59. volum. 1. n. 16. & 31. & de potestate Pro Regis tit. 5. num. 28. Capiblancus Pragm. 3. n. 67. de Baronibus, & Fabius de Anna con. 93. n. 29.*

8 (see above)

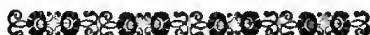
9 Porrò, & in eodem venditionis contractu evictionis nomine, nec venditor teneretur, si sciens emptot eam secuturam adhùc emisset. Cum enim sciens quod futurum erat emerit, jàm ex tunc ei acquievisse, volens & prudēs, videtur; & volenti non fit injuria; nisi ta-
10 mèn quamvis scivisset, & emisset, de evictione præstanda sibi expressè cavisset, *l. si fundū sciens 27. C. de evict. Baldus, & Glossa*, ex quibus ità in praxi receptum testatur *Reg. Consil. Staibanus variar. resol. cap. 200. num. 26. & 28*

11 Preterea illud apud omnes constat, quod in legatis evictio competat, ut in *l. si domus §. de evict. D. de leg. 1.* cautum est, & receptum testatur *Reg. de Marinis quotid. lib. 1. c. 12. num. 8.*

12 Insuper quamquàm verū, adeò dupli promissionem in usu, ut etsi simplum promissum sit, teneatur promissor ad duplum, ut supra diximus, adhùc adijciunt *Pragmatici*, quod id locum non habebit in fisco, qui, & si duplum evictionis nomine promiserit, non nisi ad simplum tenebitur ex *Bossio in tit. de fisco, & ejus privilegio n. 36. de Ponte de potest. Pro Regis tit. 4. §. 4. n. 2.* & alijs.

13 Id quoque, & rectè Nostri monent, quod quamvis de oatura contractus emptionis veniat, ut venditor de evictione teneatur, non ideò tamèn adeò securus emptor esse debet, ut mota lite super re, illam venditori non denunciet; non se defendat, oon à sententia adversùs se latam appellet, eaque omnia faciat, quæ diligens paterfamilias fecisset: nisi tamē causa adeò desperata foret, ut evidenter appareret adversùs petitorem malè foveri ità ex *l. herennius in princ. & in §. Caja D. de evictionibus, & Gl. Bartolo, & Repetentibus ibi*, dem, itemque ex *l. Authore laudato*, & *l. fundi emptor C. de evictionibus*, & ex *Baldo in l. minor §. si servus vers. denunciare D. de evictionibus, Practici* omnes cum *Altogrado consf. 15. lib. 1. Consil. Staibano in obser. 69. lib. 1. & Reg. de Marinis quotid. 1. cap. 108.*

Denique adnotaodum erit, quod evictio quamvis immineat, non tamèn adeò potens est, ut instrumenti quarentigiati incusationem sive liquidatiooem, ut in Regno *Pragmatici* loquuntur, impedire valeat. Vide *Vrsillum ad Afflictum dec. 171. n. 5.*



CAPVT IV.

Ad quem, emptæ rei, vel locatæ periculum pertineat.

SVMMARIVM.

1 *Periculum rei emptæ perfecta emptione pertinet ad emptorem.*
2 *Antinomia ex l. si fundus 33. D. locati.*
3 *Quid senit Faber.*
4 *Impugnatur distinctio illius, & primo ex l. hujus 10. de evictionibus.*
5 *Secundò ex capite cessionis actionis.*
6 *Item ex l. mulier §. 1. D. de obligat.*
8 *Et denique ex Africano in dicta l. si fundus.*
8 *Quid sentiant Pragmatici.*
9 *Quid si in contractu teneri etiam de casibus fortuitis venditor voluit.*
10 *Non idem in locutione.*
11 *Quid in pecunia depositione, & oblatione.*

1 Regula est, quòd emptæ rei periculum perfecta emptione, (quam perfici solo coosensu, & cum de pretio convenit, Certum est) ad ipsum emptorem pertinet; & si adhùc eidem, res tradita noo fuisset §. *cum autèm instit. de contr. emptione l. 7. & sequenti D. de periculo, & commodo rei vend. l. 35. §. 4. D. de emp. & vend. l. 5. §. ult. D. de rescind. vend. l. penultima, & l. ultima C. de contr. emp.*

2 Verum enim vero hoc ipsum, quod aliàs indubitatum videri poterat valdè dubium redditur *ex Africani responso in l. si fundus 33. D. locati*, quo probatur periculum venditę rei ad venditorem pettinere atque ità non ad emptorem.

Hioc Nostri, & præsertim institutionū Interpretes, quorum specialis causa est, plura commēti sunt, ut cum hac *l. si fundus 33.* adductum §. *cum autem instit. de contr. empt.* in coocordiam redigant, hoc ipsum etiàm efficere conati sunt *Jacobus Cujacius ad Africanum tractatu ad cit. l. si fundus 23. Iulius Pacius Enant. 5. cent. cap. 8. Linklama membranarum 6. cap. 3.*

6.*cap.* 3. aliijq; & nos etiam id ipsum tentavimus in *suspicionum* libris.

3 *Faber* autem hic distinctione quadam utendum esse contendit, & observari vult, an aliqua ex causa extrinseca, an verò per ipsam rem fiat, quo minùs tradi possit, & siquidem per rem ipsam fiat, ut præstari non possit; ut puta quia perempta est, & in rerum natura esse desijt; tunc res ipsa perijt emptori; ideòque ptetium si non adhùc solutum sit, venditori, solvere cogetur, & solutum non recuperabit: At si ex causa extrinseca fiat, ut tradi res non possit, fortè quia exempli gr. fundus venditus publicatus, aut servus furto subtractus fuerit; tùnc rectè emptor intendet sibi rem tradi, jàm quod præstari per rerum naturam potest; sed venditor liberabitur, si actiones suas cedere paratus sit. Cæterum si nullas habeat, ut continget, si alienus servus sit, qui furto subtractus est, æquissimum erit saltèm ad pretij restitutionem teneri; quoniam non præstat rem, quam per rerum naturam præstare potest, & hæc *Faber* usque ad *n.* 5.

4 Sed vereor, ne hujusmodi distinctio commentitia sit, & Juris Consult. Responsis adversa; nàm primò in *l. Lucius* 10. *D. de evict.* fundus quidem extabat, atque per rerum naturam præstari poterat, verùm præcepto principali distractus, aut veteranis assignatus proponebatur, & tamen emptori perijt; & cum nec venditori actio supeteesset, quam cederet: ex quo enim Principis præcepto assignatus, aut distractus dicitur; jàm justè, rectèque id evenisse intelligimus, attamen pretium solutum nedùm emptori non restituitur, sed si non solutum, ab eo exigi poterat.

5 Secundò si cessio actionis facienda à venditore aliquod importaret, utique, & cum res prorsùs perempta est, adhùc cessio fieri posset; nàm, ut ait *Justin. in* §. *si tamen* 26. & §. *non extinctæ instit. de rerum divisione*, extinctæ Res licèt vindicari nō possint cōdici tamèn poterunt: quod si ità est, hanc condictionem habebit venditor quam cedat; & proindè si vera *Fabri* ratiocinatio poterit etiam, Re prorsùs perempta ad cessionem adigi.

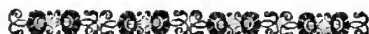
6 Tertiò si res nō prorsus extincta, sed mutata, aut corrupta fuisset: peto cujus erit periculū emptoris ne, an venditoris? & si *Faber* Respondeat venditoris; quia res revera per rerum naturam esse non desijt. Obstabunt *Ulpianus*, & *Paulus in l. mulier* 13. §. 1. & *in l. seq. D. de verborum oblig.* qui dum volunt rem corruptam videri abesse, jam concedunt non venditori, sed emptori eam perijsse.

7 Denique, & ipsimet *Africano* distinctio aversabitur; nàm cum *Africanus* coniungat, idemque esse velit, casum publicationis fundi, & casum ruinę, & de utroque simùl, idest tum de fundo publicato, tum de eo, cujus solū corruit eumdem instituat sermonem: non obscurè innuie parùm, aut nihil ad rem facere, quòd res per rerum naturam tradi, aut tradi non possit, & quod perempta sit, necnè, & quod actiones supersint, aut superesse possint.

8 Itaque rejecta *Fabri* distinctione *Pragmaticos* audiamus, qui unanimi consensu exclamant, venditorem nullo modo teneri ad casum contingentem post vēditionem, nisi culpa sua casus ille accidisset, aut causam habeat, quæ respiciat tettò, ut loquuntur post *Ruinū cons.* 50. *n.* 14. aliosque citatos à *Tiraquello de retr. lign.* §. 7. *Gl.* 9. *num.* 35. atque hoc adeò constanrèr affirmant, ut etiā si venditor apertis verbis evictionem promisisset rem autem, nèc verè, nèc fictè adhùc tradidisset, ipsa fortuitò perēpta, adhùc periculum emptoris esse volunt post *Gomezium variar. cap.* 3. *de empt. & vendit. n.* 32. *Manticam de tacit. lib.* 4. *tit.* 27. *num.* 41. Quòd si eatsus (quo res ablata fuit) ex Principis mandato evenisset, & hinc intèr fortuitos enumerandus cum *Rota Genuensi decis.* 56. non teneri venditorem de illo concludunt cum *Gaspare Tesauro quæst. foren. lib.* 4. *q.* 10. *num.* 5. *Afflicto dec.* 150. *n.* 22. & *Surdo dec.* 320. *n.* 53.

9 Sed quia passim in contractibus, qui apud nos fiunt, solet venditor promittere evictionem, etiàm si ex casu forruito ea sequatur, hinc si ità conventum fuerit teneri eum absq; ulla exceptione? Ijdem *Pragmatici* fatentur cum *Gomezio*, ubi supra *cap.* 3. de locatione *n.* 19. *Fabro* nostro *in Codice tit. de locato defin.* 2. *n.* 7. *lib.* 4. *Cravetta cons.* 294. *Boerio dec.* 228. *Gratiano discep. cap.* 520. *à n.* 22. licèt alitèr in locatione esse velint; nàm in illa quantumvis cōductor casibus omnibus renunciaverit, adhùc in insolitis, & rarò cōtingentibus mercedis remissionem petere poterit *Gratian. discep. cap.* 195. *Cevallos com. contra com. quest.* 72. *n* 4. & alij. Qui & hoc ipsum in depositæ pecuniæ oblatione disputare solent, & quærere, ad quem periculum illius, an scilicet ad Creditorem, an verò ad debitorem deponentem pertineat, & tandèm concludere, quòd si oblario legirimè fuerit facta, atque Creditori notificata, ad eum periculum pertinebit. Cæterùm si jussu Principis genus pecuniæ depositæ sublatum fuisset, & immutatum, ut in Regno nostrorum patrum tempore evenit; cū distinctione periculum quandoq; ad deponentem, quandoq; ad Creditorem pertinere sancitum est, ut testatur *Capycius Latro dec.* 17. *Franc. de Petris cons.* 33. *Reg. Rov. ad Prag.* 18. *de Monetis.*

CA-



CAPVT V.

De lectione legis hæc distinctio 35. D. locati.

SVMMARIVM.

1 *Si locatori uti re locata non liceat an petat mercedis remissionem? distinguendum.*
2 *At non ita si locator in fraude fuit.*
3 *Reicitur Fabri Sententia, & Emendatio.*
4 *Etiam ex Græcorum Basilicorum lectione.*
5 *Explicatur textus.*
6 *Quid sibi velint Pragmatici.*
7 *Et primo distinctionem admittunt, & aliam etiam comminiscuntur.*
8 *Fundo reædificato reviviscit locatio.*
9 *De casu extrinseco.*
10 *Molendino destructo semper facienda remissio mercedis.*
11 *De pacto locatoris quo semper teneri voluit.*

1 A contractu venditionis ad affinem locationis contractum transgrediamur. Et quidem in hoc si conductori uti frui re locata non liceat adhibenda distinctio erit cū *Africano*, & *Servio* J.C. an scil. non liceat, quia ædes cum vetustate ruinam minarentur refateri oportuit: An verò non liceat, quia locator pro libito locatam Insulam diruere voluit, & reædificare? Et primo casu dicendum erit teneri locatorem ad remittendam mercedem pro rata temporis. Secundo autem casu, nedum teneri ad remissionem mercedis, sed ad omne, quod conductoris interfuit, quod locata æde uti frui non potuit.

Quòd si ultrà hos casus, & his similes, acciderit, ut Conductor uti re locata non potuerit, tùnc quid dicendum sit, docet *Jacobus Cujacius tractatu 8. ad Africanum ad l. hac distinctio 35. D. locati.*

2 Proposita tamen distinctio habebit quidem locum cum locator bona fide in locatione versatus fuerit, atque proprium prædium fruendum alteri locasset, alioquin si sciens, & prudens alienum per fraudem locaverit, nulla adhibenda distinctio erit: atq; hoc est, quod Africanus subjungit; nec *Faber*
3 audiendus est; dum ait, etiam quod bona fide versatus sit locator, distinctionem non adhibendam, & verba illa (*per fraudem*) quæ posteriorem casum à priore separant, tanquàm inepti Interpretis esse dispungenda; non audiendus sanè; nàm nedùm omnem textus Oeconomiam invertit; sed & contrà autoritatem librorum omnium loquitur; Et contrà
4 ipsam Juris rationem: quando ut *Græci* advertunt, hoc potissimùm *Africanus* intendit, ut statuat differentiam inter eum, qui bona fide prædium alteri, & eum, qui mala fide, & per fraudem locasset. Hinc ipsi Græci hanc solam sententiam ex *Africano* in *Basilicis lib. 20. tit. 1. de actione locati, & conducti cap. 34.* retulère ibi, ut *Anibal Fabrotus V. Cl.* transtulit (*hæc autem dicimus de eo, qui bona fide locavit, non etiam de eo, qui mala fide quiq; Domino resistere non possit, Ædes locatas necessariò, nec uè Dominus demolitus sit spectari solet*. Vide ad hunc locum *Cirillum Græcum* interpetem aliosque *Glossatores*, sed omnium meliùs *Stephanus* ita adnotavit. *Si colonus frui prohibeatur ab eo quem Dominus cohibere non potest, ignoscitur ei, ut scilicet quanti conductoris interfuerit non præstat, non etiam ut pensionem petat idque ait Africanus D. 33. hujus tit. nisi forte non ignarus alienum prædium locaverit: tunc enim quanti Conductoris inter fuerit præstat ut ait idem Africanus D. 35.*

Ergò cum quæritur, utrum remissio mercedis facienda sit Conductori, & quid ei præstandum cum æde locata eo quod in illa
5 ædificare oportuit ei uti non licuit; observandum, Primò est quisnam fuerit, qui locavit, an scil. Dominus, vel bonæ fidei possessor, an verò malæ fidei, & fraudator, & siquidem Dominus videndum erit, ædificaverit ne compulsus necessitate, an verò pro libito: & si ex necessitate, mercedem pro tempore remittet: sin verò pro libito, etiam omne id præstabit, quod interest Conductori usum non esse; At si non Dominus, sed fraudator fuerit, qui locasset, indistinctè dicendum erit teneri eum ad remissionem, & ad omne id, quod interfuit ut & nostri J. Consulti concludunt. Et *Græci* ubi supra.

6 Sed qui ad Praxim sunt intenti, & hunc *textum in l. hæc distinctio, & text. in l. si fundus, quem mihi D. locati*, in foro passim expendunt ad favorem Conductoris, & juxtà *Bartoli*, *Baldi*, aliorumque Repetentium expositionem, si non liceat Conductori ex culpa locatoris uti frui re locata, teneri eumdem locatorem volunt, & ad remissionem mercedis, & ad interesse cum *Magonio decis. Lucensi 85. num. 3. & decis. Florentina 67. num. 1.* quod latiùs explicant, & distinguūt *Careeius in tractatu de locato* præcipuè *par. 1. tit. de natura Locationis, quæst. prima de lucro* alijque cum eo.

7 Portò in re, de qua agimus *Pragmatici* nedùm à *Fabro* dissentiunt, admittentes suprapositam distinctionem, quam *Faber* respuit; Sed ea non contenti & alias comminiscuntur; nàm fassi, quod re penitùs extincta, & in rerum natura esse desinente, locatio perimatur. *Cephalus conf. 271. vol. 1. Albericus ad l.*

quod tamen §.in novi D. quemad. usufr. amittatur adijciunt: quod si perfecta locatione, Insula, seù domus locata fuerit incendio absumpta, & quidem casuali (nàm si culpa alicujus fuisset, incendium excitatum, culpa suum sequetur autorem.) Iterùm distinguendum volunt, an ad longum tempus, an verò ad modicum quis conduxißet; & siquidem ad modicum, periculum non præstabit, neque ejus temporis, quo re locata uti non valuit, mercedem solvet, ut notat *Imola in cap. potuit num. 40. de locato. Brunus de interitu, & peremptione conclus. 8. fallen. 1.* & alij, qui ad hunc casum coangustandam volunt dispositionem *l. si quis domum in fine D. locati.* Contrà si ad longum tempus Conductor rem conduxißet, tùnc & periculum præstabit, & pensionem integram solvet, quamvis ædificium corruisset, *Natta cons. 13. num. 15. Riminaldus Junior cons. 49. lib. 1. Joseph Ludovicus conclus. 12. vers. in tantum, Tesaurus decis. 89. num. 9.*

8 Sed illud quoque constat apud omnes, quod sive locatio ad modicum, sive ad longum tempus fuerit facta: si tamèn ædificium collapsum postea reædificetur, reviviscet locatio, ut communitèr docent ad *l. domus D. de leg. 1.* cum *Baldo in l. licet C. locati, Bossio de remiss. mercedis conduct. num. 61. Sebastiano Medices de reg. Juris par. 1. regula 6. n. 65.*

9 Quòd si casu extrinseco fiat, ut Conductor re locata uti nequeat: quia aut non tradita, aut tradita sed evicta fuerit, venditorem teneri Nostri clamant ad rem ipsam, & ad fructus, & ad interesse, ut pluribus adductis advertit *Andreolus controv. 10. nu. 1.* qui & in *controv. 21.* latè disserit, quid dicendum sit si ex parte venditoris non fuisset contractus impletus, an adhùc emptor ad fructus teneatur compensativos teneatur venditori, scil. an debeat, quod ex re empta interim percepit quoad contractum in totum perficiatur, restituere venditori, ad materiam *legis curabit*

10 *D. de act. empti.* Cæterùm illud prætereundũ nõ est, quod speciès domus erustæ Nostri distinguunt à casu Molendini destructi: siquidem in hoc indistinctè tenent semper Conductori Remittendam esse mercedem cum *Plaza in l. fin. C. de omni agro deserto lib. 10. & Medices in dicto tractatu de Regulis Juris regula 6. num. 68.*

11 Denique affirmant etiam unanimitèr omnes, adeò verum esse, quod si locator teneri voluit in quocumque casu, idvè Conductor pactus fuerit, semper & absque ulla exceptione tenebitur: quod si facto Superioris rem locatam ad suos usus convertentis fuerit Conductor impeditus, tenebitur adhùc locator ex proprio pacto, & promissione, *Glossa in l. cum pœna D. de receptis arbitris, Aretinus in §. fin. instit. de emptione, & venditione. Apicella in suo tractatu, tutamen pauperum tit. 2. de Moratorijs Princ. num. 21.*



CAPVT VI.

Ad l. fructus, & l. penultimam D. de rei vindicatione.

SVMMARIVM.

1 *Servo perempto præstantur fructus usque ad diem judicati.*
2 *Litis contestatio pares omnes efficit possessores.*
3 *Quid voluerit Julianus, refert Vlpianus.*
4 *Sed aliter idem refert Paulus.*
5 *In quo diversa utriusque Juris Consulti relatio.*
6 *Quid illud est, quod Faber vult.*
7 *Impugnatur.*
8 *Explicatur quod Vlpianus dixit.*
9 *Item quod Paulus.*
10 *Revera dissentijsse fatendum erit.*
11 *Vnde emendatione opus esse.*
12 *Graci etiam dubij in explicatione horum jurium.*
13 *Vulgares, & antiqui Interpretes eorumve sequaces ponunt in specie Juliani dolum intervenisse, & dolum nocere.*
14 *Fructus veniunt in rei vindicatione.*
15 *Possessores omnes, fructus præstare post moram.*
16 *A quo tempore in Regno Neapolitano conventus, & condemnatus fructus restituat.*
17 *De fructibus medio tempore quo fit appretium perceptis.*
18 *De fructuum restitutione in rescissione contractus ob enormissimam læsionem.*

1 CUM agitur de fructibus præstandis servi perempti post litis contestationem, illud primò exploratum est, quod si dolo, aut culpa possessoris mors acciderit, fructuũ ratio habenda erit usq; ad rei judicatæ tempus: nàm hoc apertè Responsum est in *l. fructus 34. D. de rei vindicatione.*

2 Secundò, & illud quoque apud Interpretes indubitatum est, quòd lis contestata pares omnes possessores facit: idèoque non erit distinguendũ post cõtestationem, an quis in bona, vel mala fide anteà fuisset: nàm per contestationem omnes possessores paritèr in mala fide constituuntur. Neque *Accursius* ab hac receptissima traditione discesserat, ut eidem imponit *Faber* hic *num. 4.* quandoquidem & si in specie *d. l. fructus 34. de rei vindicatio-*

catione distinxerit inter malæ fidei possesso-
rem cum titulo, & malæ fidei possessorem
sine titulo, ut observant Repetentes omnes,
& præcipuè Angelus; attamèn id non ideo
fecit, quia post litis contestarionem, quem
possessorem cum titulo appellaverat, bonæ
fidei possessorem existimādum voluerit: cum
possit esse, & in mala fide ob litem contexta-
tam, & cum titulo, proindè distinctio *Accur-
siana* respicit potiùs tempus litis cæptæ, quā
contestatæ; nàm hoc tempore inspecto solet
distingui inter bonæ fidei possessorem, &
prædonem.

3 Sed illud exploratum non est, quænam in
materia, de qua agimus Juliani sententia
fuerit; quamvis enim *Vlp. in l. Julianus 17. de
rei vindic.* referat Julianum *lib. 6. Digestor.*
scripsisse, *si hominem qui Mevij erat emero à
Titio, deinde cum eum Mevius à me peteret,
eumdem vendidero, eumque emptor occiderit,
æquum esse me pretium Mevio restituere*, & po-
steà eumdē Julian. eodē libro scripsisse dicat
(*si morā fecerit in homine reddendo possessor, &
homo mortuus sit, etiam fructuum rationem
usque ad rei judicatæ tempus spectandum esse*,
4 attamèn è contrariò *Paulus in l. fructus 34. D.
eodem tit.* alitèr *Julianum* respondisse refert
ibi) *fructus non modò percepti, sed & qui per-
cipi honestè potuerunt, æstimandi sunt, & ideò
si dolo, aut culpa possessoris res petita perierit;
veriorem putat Pomponius Trebatij opinionem
putantis eo usque fructuum rationem habendā
quousque haberetur, si non perijsset, idest ad rei
judicanda tempus, quod & Juliano placet.*

5 Itaque si quod refert *Vlpianus* attendamus,
intelligemus non aliud Julianum, nisi mo-
ram dumtaxat exigisse, & ex ea sola ad præ-
standos fructus hominis petiti, & occisi, adi-
gendum possessorem existimasse. Sed si re-
lationem *Pauli* expendamus, inveniemus
nedum moram, sed & culpam, & dolum *Ju-
lianum* ad possessorem condemnandum ad
fructus exquisivisse.

6 Nec *Fabri* satisfacit sub *n. 5.* consilium, ut
Vlpianum ex *Paulo* interpretemur, atque in
Vlpiani sententia subintelligamus etiā clau-
7 sulā (*si in dolo, & culpa possessor fuerit*) etenim
huic violenti interpretationi contextus re-
sistit, & species in eo proposita, in qua cum
de homine perempto ab ultimo emptore, & à
Tertio, non autem ab eo, à quo petebatur
sermo sit, vix fingi potest Reum conventum
fuisse in dolo, aut culpa, cum servus occide-
retur; nisi fingamus collusisse hunc cum oc-
cisore, eaque de causa servum ei vendidisse,
ut occideret, quod sanè fingere insulsum est,
facitque dubitationem in specie proposita
Juris Consulto ororsùs indignam.

8 Igitur fateri oportet credidisse *Vlpianum*
nullam adhibendam esse distinctionem, utrū
scil. in mora solùm, an etiam, & in culpa, &
dolo, possessor fuerit, homine occiso; sed in-
distinctè dicendum, quod, perempto homi-
ne, post contestatam litem fructus præstandi
sunt ad tempus usque rei judicatæ, atque ad
hanc rem eumdem *Vlpianum* expendisse Ju-
9 liani authoritatem; At *Paulus*, qui distin-
guendum voluerat, & culpam, & dolum exi-
gebat, non moram dumtaxat; diversimodè
respondisse, usum etiā Responso ejusdem Ju-
liani, quod responsum nimis forsan gene-
rale, poterat ad utrumque sensum, & ad utrā-
10 que partem adduci. Cæterùm non novum, ut
Vlpianus à Paulo dissentiat, nec novum, ut
uterque eadem *Juliani* authoritate utatur, sed
diversimodè, doctissimut *Cujacius observavit
9. obser. cap. 34.*

11 An autem ut omnis scrupulus antinomiæ
auferatur emendatione succurrendum sit, le-
ctioni receptæ, adhùc dubito, & subsisto, cùm
idem *Cujacius*, qui, & hoc remedium propo-
suit, & emendationem protulit, nec sibi ipsi
satisfecit, ut fatetur ingenuè.

12 Porrò nec *Græci* in interpretandis, conci-
liandisque juribus adductis feliciores *Latinis*
fuisse videntur; nam *lib. 15. Basilicorum tit. 1.
cap. 33.* in hunc modum eadem Responsa
transtulère *fructus non modò percepti, sed &
qui honestè percipi poterunt restituuntur, &
quamvis dolo possessoris res petita perierit usque
ad condemnationem præstantur.* Et tū quis non
videt in his verbis Credidiße *Græcos* eum, qui
in mora dumtaxat fuißet, adhùc teneri cre-
didisse ac etiam eum, & qui in dolo, & in
culpa parimodo teneri, cum tamèn innuant
mitiùs agendum cum moroso, quàm cum do-
loso, & ideò distinguendum esse, & tamèn
neque hoc apertè proferre voluisse.

13 Sed non sic *Pragmatici* nostri; nàm hi fe-
rè *Fabro* assentientes ità post vulgares Inter-
pretes exponunt hanc *l. Julianus* 17. vt &
culpam, & dolum intervenisse in ejus specie
velint, eamque culpam admissam quidem à
secundo hominis emptore, qui occidit, sed
ità habendam, ac si fuisset admissa ab eo, à
14 quo homo petebatur. Unde, & statuunt Re-
gulam, quod quandoque successoris factum
nocet antecessori, & è contrà ad quam vidē-
di *Soccinus Regula* 48. *Menoch. cons.* 425. *n.* 12
lib. 5. *Mandellis cons.* 108. & alij ab his ad-
ducti.

15 Præterea unanimitèr omnes fatentur in
judicio rei vindicationis venire, nedùm fru-
ctus perceptos, sed & qui percipi potuerint, ut
*Bartol. Baldus, & Repetentes ad l. fructus, Ca-
valc. dec. 27. n. 63. & dec. 28. n. 8. p. 1. Vvesem-
becius cons. 6. num.* 10. adnotarunt, atque hos
fructus præstare debere possessores omnes post
moram, ut ex his quæ scribuntur ad *l. Julian.*
17. §. *idem Jul.* ad notavit *Soccinus regula* 15.

fall. 1. *Geddeus ad l.* 122.*n.*8.*de verbor. significatione*, & similes.

Hinc primò conventum in judicio, condemnatumque, ad rem restituendum nedum illam, sed & fructus etiam restituere oportere, licèt de fructibus nulla in sententia mentio facta concludunt cum *Ursillo ad decis.* 32. *num.*4.

Secundò conventum petitione hæreditatis, licèt in bona fide à principio fuerit, teneri tandem ad restitutionem fructuum volunt cum *Afflicto decis.*240.*Pereg. de fideicomm.art.*49.*num.*113,*Borrello conf.* 40. *Cavalcano dec. Fivizana* 27.*par.*1.*n.*31. quamvis hoc specialem illam habeat rationem, quod cum, petitionis hæreditatis judicium universale sit, venire in eo etiàm fructus non est qui negare possit.

16 Tertiò, & si in hoc *Neapolitano Regno* litis contestatio per impartitionem termini probatorij in causa fiat, ut Practici omnes docent, attamen cum de fructibus restituendis agitur, non deberi eos restitui, nisi à die actus publicationis; quia ex tùnc visis probationibus per Petitorem factis constituitur in mala fide possessor: *Regnicolæ* nostri scribunt, cum *Afflicto dec.*59. & Exteri quoque cum *Peregrino de fideicom.art.*49.*n.*146.*et Claudio Ferretio in alleg.*2. *n.*18. quod si bis hic actus publicationis fuisset factus, à primo in mala fide conventum constitutū affirmant *Capyc. dec.*11.*nu.*4.*Rovit.in pragm.*1.*n.*5. *sub tit. de instantia causa non restit.Riccius collect.*2049. *Hector Filiucius alleg.*43.

17 Insuper, & illud controverti solet, an si in judicio, de fructuum valore veniret disputandum, & cum appretiari eos, jussum fuisset à facto appretio fuerit reclamatum, an inquam fructus medio tempore percepti ad possessoré, an verò ad petitorem pertineant. Item si Creditor sit, qui hypotecaria experiatur, & Salviano interdicto agat, illisque alijs remedijs, ex quibus conflatur judiciū illud passim apud nos receptum, quod assistentiam vocant, de qua *Rovit.in pragm.*1.*&* 2. *sub tit.de assistentia*; atque in hoc judicio hic Creditor obtinuerit, & adjudicationem rei in judicio deductæ petierit, & dum Res appretiabatur, ut ad adjudieationem deveniretur, reclamatum ab appretio fuit, illudque revideri petitum; an fructus medij temporis ad Creditorem, an verò ad possessorem pertineant? Et quidem in his, & similibus casibus sint qui distinguendum putent an scilicet justè, an verò injustè ab appretio facto appellatum fuerit, & an justè revideri petitum, an verò iniustè apparuerit, & primò casu ad Possessorem, qui appellavit, secundò ad Petitorem, vel Creditorem pertinere fructus velint cum *Afflict. dec.* 188. *Capyc.decis.*202.*n.*12. ubi in additione *Masullus, Pelliccione ad consuet. Avers.cap.*8. *n.*270. *Mastrillo dec.*39.*Pereg.dec. Patavina* 30.*n.*4.*Rolando de lucro dotis q.*2.*n.*12.*& Riccio collect.*175.

18 At si per enormissimam læsionem contractus rescindatur, & Judex rem Domino restituendam pronunciaverit, fructus quoque restituendos nemo ambigit, sicut, & pretij recepti usuras qui vendidit præstare tenebitur, ut resolvit, *Anellus Amatus conf.*87.*volum.*1. Et sanè si verum est, quod passim Nostri tradunt læsionem enormissimam continere dolum saltem reipsa, si non ex proposito, stante excessu omninò, & necessariò consequens est, ut qui rem possedit, cum læsione alterius tam magna eam adeptus, dolosè sicut consecutus, ità, & possedisse dicendum sit, & proindè fructus restituere oportere.



CAPUT VII.

Non dissentijsse I. C. in quæstione l.cum quis 38. §. qui hominem D. de solut.

SUMMARIUM.

1 *Probatur Accursij distinctio circa servi promissionem.*
2 *At Faber improbat.*
3 *Obiectio Fabri.*
4 *Respondetur eidem.*
5 *Quid Nerva, & Cajus voluère in proposita quæstione.*
6 *Pragmatici ex hac l. deducunt quod qui totum non solvit nihil solvit.*
7 *Ratio hujus traditionis.*
8 *Quid si solutio dicatur facta ad complementum.*
9 *Statu liber minus quam servus.*
10 *Qui plus solvit repetit.*
11 *Etiam in venditione annuorum introituum.*
12 *Solutio parit liberationem, sed si pecunia fiat perpetuò accipientis.*
13 *Sed in hoc distinguendum erit.*
14 *Non rectè argumentantur Nostri.*
15 *Quid de pecunia diminuta dicendum est.*

1 DIstinxit, & rectè *Accursius*; ideòque nedùm à vulgaribus Interpretibus, sed ab ipso *Cujacio* sequutus *tract.*7.*ad Africanū in l.cum quis* 38.*D.de solut.* inter promissioné incerti hominis, & in genere, & promissionem certi alicujus in individuo; nam si certus homo fuerit promissus, & is statu liber effe-

effectus ſolveretur, liberatio continget, ut
Vlpianus ex *Octaveno*. Reſpondet in *l. ſtatu
liberum* §.*illud tractatum D.de ſtatu liberis*.
Contrà verò ſi homo in genere promiſſo, ſta-
tu liber ſolutus fuerit non eſſe expectandam
conditionem, ſed ſtatim Creditorem agere
poſſe concludit *Africanus in l. cum quis* 38.
§.*qui hominem D. de ſolut.* ità innuens libera-
tionem non contingere, ideòque condictio-
2 nem competere: Sed *Faber* in præſenti capite
tàm perſpicuam, receptamque diſtinctionem
improbat, & contendit in utroque Reſpon-
ſo utrumque J. Conſultum de homine in ge-
nere promiſſo tractaſſe, verum *Vlpianum* ab
3 *Africano* diſſentijſſe. Hinc primò adver-
sùs diſtinctionem ponderat ſub *num*. 3. quod
ea admiſſa deterioris conditionis futurus eſt,
qui incertum hominem, & in genere promi-
ſiſſet, quàm is, qui ad dandum certom, & in
ſpecie ſe aſtrinxit.

4 Sed huic objectioni facilis, & obvia Re-
ſponſio eſt: etenim quamvis verum, quòd qui
in genere promiſit, liberiorem habeat eligen-
di, & ſolvendi hominem poteſtatem *l. is, qui*
34. *D. de fidejuſſoribus*, hoc ipſum tamen fa-
cit, ut non facilè, interitu rei liberari poſ-
ſit; quoniam cum genus ut dici ſolet nunquā
pereat, nunquam videtur res præſtanda in-
terempta; hinc cum cautum in jure ſit, quod
etſi qui Sticcum ex.gr. ad certam diem promi-
ſiſſet, aut nummos, quos in arca habebat;
mortuo ante diē Sticco, aut deperditis num-
mis ſine culpa, & dolo promiſſoris, liber re-
maneat, ut in *l. ſi ex leg.* 23. *l. ſi ſticcus* 33. *l.
cum filius* 49. *D. de verborum obligat.* attamèn
id ipſum non dicendum eſt, ſi homo in gene-
re ad diem certam, aut nummi in genere fuiſ-
ſent promiſſi *l.* 1. §. 4. *D. de verbor. oblig. l. itèm
divi* 11. *C. ſi certum petatur* §. *itèm is Inſtitut.
quibus modis contr. oblig.* Unde concluditur,
quod utrumque verum eſt, ſcil. & quod melio-
ris conditionis ſit is, qui hominem in genere
promiſit circa eligendi hominis facultatem,
& deterioris, ſcilicet circa liberationis con-
ſecutionem; quod cum ita ſit, non rectè pro-
cedit objectio *Fabri*; quando, quod deterio-
ris conditionis promiſſor hominis in genere
eſſe debeat circa liberationem cōſequendam
aperta Ratio facit, quoniam non poteſt qui
in genere hominē promiſit, & Sticcū ſtatu li-
berū ſolvit cauſari, quod hunc, & non alium
promiſerit; ſicut qui in ſpecie promiſit Stic-
cum, replicare, & juſtè, quando eum ſtatu li-
berum præſtat: quod hic Sticcus ille eſt quem
ſe daturum promiſerat. & ſanè cum hic non
poſſit alium ſolvere, et non ſtatu liberum ſol-
vat, quoniam illum alium nō promiſit, opor-
tet omninò ut hunc ſolvat; At poteſt, & de-
bet, qui ſervum non ſtatu liberum promiſit,
(ideoque non prohibetur alium quempiam
quam ſtatu liberum dare) non hunc, ſed ſer-
vum hominem præſtare. Hinc qui in ſpe-
cie, ex eo quod omninò illum ſolvere adigi-
tur deterioris eſt conditionis. In eo verò me-
lioris, quod ſi illum liberum, aut mortuum
inveniat, ad aliud non tenetur, ſed libera-
tus remanebit, ut teſtatur *Pomponius in l. ſi
mihi* 92. *D. de ſolut.*, è contrariò qui in ge-
nere hominem promiſit in eo melioris Con-
ditionis eſt, quod non magis hunc quam il-
lum ſolvere adigitur, ſed in eo deterioris
conditionis eſt, quod ideò, alium, & alium &
in ſumma ſervum dare tenebitur quoniam
facultatem eligendi habet, modò ſervum eli-
gat *l. qui decem* 72. §. *qui hominem D. de ſolut.*
Et ex his conſtat, facultatē eligendi modò ju-
vare, modo nocere; eamq; non habitam modo
nocere modo juvare, adeò ut veriſſimum
Ovidianum illud: nil juvat quod non læde-
re poſſit idem.

5 Non nego tamèn, quòd quamvis admiſſa
Accurſiana diſtinctione, fiet uti non diſſen-
tiat ab *Vlpiano Africanus*: attamèn rem to-
tam decidere alitèr videâtur *Neratius*, & *Ca-
jus in l. Neratius* 65. *D. de cond. in deb.* Nam il-
li quamvis apertis verbis de homine certo
promiſſo, & ſtatu libero effecto ſoluto lo-
quantur, attamen concludunt liberationem
non contigiſſe; atque ita diſſentiunt à cita-
tis *Vlpiano, & Africano*, & hoc aut admitten-
dum erit cum *Bacovio ad Treutlerum vol.* 2.
diſput. 29. *Theſi* 3. *lit. E*: aut ſaltem dicendum
liberari quidem eum, qui certum hominem
Sticcum promiſerat ſi eumdem ſtatu liberum
ſolverit, ut *Vlpiano* placuit; ſed liberari à
prima parte dumtaxàt obligationis ſcil. à
præſtando Sticcum, non autem liberari à ſe-
cunda parte, ſcil. à reficiendo, & ſolvendo
eo, quod minùs ſolvit, dum ſtatu liberum Stic-
cum ſolvit, ideòque refectionem eum debe-
re, atque hoc eſſe, quod *Neratius*, & *Cajus*
volunt, cum ſanè non poſſit negari, quòd is,
qui Sticcum ſtatu liberum ſolvit, ſolvit qui-
dem quod promiſit, ſed diminutè non
integrè.

6 Hinc poſt Repetentes *Pragmatici* noſtri
ex hac *l. cum quis ſibi* 38. §. *quo hominem D. de
ſol.* elicere ſolent cum *Baldo* communitèr ſe-
quuto, quod ſolutio debiti, ubi plenè non fit,
liberationē firmam nō parit, & hinc *Brocar-
dicum* illud jactare ſolent, quod qui non to-
tum ſolvit, nihil ſolviſſe videtur, de quo *Re-
buffus, & Gedens in l. minùs de verborum ſigni-
ficat.* Item *Monticula de Invent. hæredis Regu-
7 la* 34. habetque eam Rationem *Brocardicum*,
quod qui minùs ſolvit dum liberationem non
8 conſequitur, nihil agit: niſi tamen, ut *Prag-
matici* ijdem advertunt. Sit quidem ſolutio
facta

facta in minori qnantitate debita, sed facta receptavè, ut Nostri dicunt ad complementum, & pro Residuo: hoc enim casu cum faciat illa præsumere reliquam summam anteà solutam fuiße ex *Glossa in l. ex pluribus vers. Reliquum D. de solut. Paulo de Castro ibidem Rota Genuensi decis. 26. num. 31. & decis. 60. num. 6. Mascar. de probat. concl. 1319. num. 2. Escobar de Ratiocin. cap. 37. num. 3. Gratiano discept. cap. 581. nu. 1. Fontanella de pact. nupt. claus. 14. Glossa ult. par. 1. num. 34.* liberationem in beneficium solventis importare, apud Omnes receptum est.

9 Porrò si qui hominem debens statn liberum solvat liberationem hunc non consequi ut dicebamns, & *Practici* quoque fatentur, qui advertunt minoris valoris esse statu liberum, quàm servum: unde si quis statu liberum dissimulato statuto libertatis onere, tanquàm servuum vendiderit, in crimen stellionatus incidet, ut exclamant *ex l. statu liberum 9. §. 1. D. de statu liberis junctis l. 1. D. de pign. actione, & l. penultima D. de Crim. stellionatus* cum *Menochio de arbitr. cent. 4. casu 381. lib. 2. & Pap: ad consuet. Brabant. §. 80.*

10 At si quis non minùs solverit, sed plus eo, qnod debet, hunc nedum liberationem consequi, sed & Repetitionem plus soluti habere ex *l. 1. ubi Glossa in vers. cessat. D. de condit. indebit.* est apud omnes indubitatum. Cæterùm si dobitans deberet nec nè? solvisset, nisi sciens ità egerit, nàm tùnc donasse videtur, adhùc repetitionem habebit, ut notant *Riminaldus, Aldovinus*, & alij cum quibus *Mascardus de probat. concl. 1325. num. 11. & Lelius Altogradus cons. 6. num. 33. lib. 1.*

11 Hinc cum quis ex venditione annuorum Introituum ad formam Bullæ facta viginti, ex: gr: annuos (quousque sortem priocipalem reddiderit) deberet, & is per errorem viginti quinqne per plnres annos solvisset, nedùm plus solutum repetet, sed in sortem principalem imputabit juxtà ea quæ notat ad Regni *Pragmaticas Rovitus sub tit. de censibus prag. 1. num. 31.* Cum è contrariò qui ad minorem rationem exegit ut aliàs supra adnotavimus sibi præjudicium inferat: Ex *Capycio Latro decis. 27. Consil. Rosa consultatione 7. a n. 87.*

12 Sed id quod passim Nostri jactant solutionem scil. parere quidem liberationem, sed sub illa conditione, modò pecunia perpetuò penès Recipientem manserit, non indistin-
13 ctè recipiendum erit; sed præcipuè advertendum; nàm causam evictioni pecuniæ qui eam solvit dedisset an non; Et primo casu verissimum est, quod liberatione rescissa pristina instaurabitur actio ex *l. qui res D. soluto matrimonio l. deferre in fin. D. de Jure fisci l. qui concubinam §. si hæres D. de leg. 3.* ex quibus juribus ita docent *Surdus cons. 145. n. 12. lib. 1. & Regius Consiliarius Staibanus in observat. ad suam resolut. 96. num. 30.*

14 Secundo casu aliter dicendū erit juxta causam, & originem evictionis. Illud vero, quod idem *Staibanus* monet meliotis conditionis esse delegantem quam solventē siquidem recepta delegatione Creditor periculum omne subit; unde si nomen effectus postea fuerit nō solvendo regressum adversùs delegantem nō habebit, planè non placet quoniam observandum est, verum quidē id esse probarique à *Pereira decisione Lusit. 104. num. 1.* alijsque penès *Oleam de cess. jurium* pluribus in locis, & à *Consil. Hodierna*, qui requisita delegationis collegit in additione ad *Surdum decis. 187.* sed tamen ad præsentem tem, de qua agimus non facere; siquidem etiam qui pecuniam recepit, eaque contentus fuit, si postmodum eandem perdiderit, aut ab eo subrepta, vel penès eūdem perempta, aliquo modo fuerit, regressum adversùs solventem non habebit, cum tamèn habeat si evicta. & vice versa etiam qui delegatum nomen recepit, si posteà ex causa à delegante proveniente nominis evictionē patiatur de evictiooes aget; igitur comparatio nō est facienda inter evictionem pecuniæ, & nominis versionem ad inopiam, sed benè inter hanc, & ejusdem pecu-
15 niæ perditionem. Quod si pecunia non fuerit evicta neque deperdita, sed jussu Principis diminuta, ejusvè valor minùs effectus, quæri solet, an solutio in ea fieri possit? nam ecce, Recepi à te mutuos aureos centum tempore quo aurei valor erat carolenorum decem, posteà Statuto, aut Principis jussu effectum est, ut valor aurei diminutus, fit solùm carolenorum novem, quæritur an centum aureos solvendo liberor? & sunt qui affirmant, & velint rectè solutionem in aureis fieri, atq; sufficere quod non omninò reprobata pecunia fuerir. Videas *Afflictum decis. 90. Gabrielium concl. 1. tit. de solut. lib. 5. Vivium in Silva com. opin. opin. 513. Gamam decis. Lusitana 374. num. 2. Borgninum decis. Frvizana 3. num. 13. par. 4. Riceium collect. 1223.*



CAPVT VIII.

De lectione l. Papinianus 23. D. de donatione inter Virum, & Vxorem.

SVMMARIVM.

1 *De oratione Antonini, quam non pertinere nisi ad donationes in quibus traditio sequuta sit.*
2 *Sed pertinere ad omnes alij existimant.*

3 His

3 *His adsentitur Faber.*
4 *Sed malè.*
5 *Respondetur ad l.stipulator 33. D.de donat.*
6 *Respondetur ad l.cum hic status §.sive autem D.de donat. inter vir.& uxor.*
7 *De rescripto in l.2. C.de dote cauta nec numerata.*
8 *Omnia sublata à Justiniano, & adducitur nova illius Constitutio non vulgaris.*
9 *Quid sentiant Pragmatici.*
10 *An traditionis vigor per juramentum suppleatur.*
11 *Donatio ob benemerita non indiget traditione.*
12 *Dummodò de meritis aliundè quam per assertionem constet.*
13 *Et usque ad valorem meritorum sit facta.*
14 *Valet donatio a viro sene aut ignobili facta mulieri juveni, vel nobili.*
15 *Donatio inter conjuges ob merita non comprehēditur in prohibitione Consuetudinis Neapolitanæ.*
16 *An donatio facta conjugi subiaceat dispositioni l.feminę de secundis nuptijs distinguendū an ob aliquam causam facta nec ne?*
17 *Sed alijs alitèr visum.*
18 *Illud certum, quod mulier nobilis virum senem, et ignobilem ducens de eo bene meretur.*
19 *Iterùm de traditione.*
20 *Traditio facit, ut donatarius præferatur.*

1 ANtonini orationem, qua Donationes inter conjuges, alioquin invalidę, sequuta morte donantis in eadem voluntate confirmārur, ad eas dumtaxat donationes pertinere constat, quæ vallatæ sint traditione vera, aut saltèm ficta de qua (*Vlp. in l.3. D.donat. inter vir.& uxor.* alijsque in locis) frequentiùs placuit: Idve nedùm antiquis Repetentibus, Sed & Neotericis quoque præcipuè *Connano 8. comment. c.11. Petro Fabro in l. Divus 28. D.de reg.jur. Gentili lib. 3. de donat. inter cap.38.& lib.4.c.18.* & similibus qui pro se habent *Papiniani, & Vlp.* responsum in *l.papinianus 23. & in l.cum hic status 32. §. ait Oratio D.de donat.inter vir.& uxor.* quinimmò, & aperta orationis verba illa *hæredem verò eripere*, nam hæc apud donatarium res donatas reperiri supponunt.

2 At non desunt, qui contrà sentiant, & ad omnes quascumque donationes, & si traditio non intervenisset, pertinere orationem contendant cum *Joanne Corasio 4. Miscellan. c.1. Duareno ad tit. soluto matrim. cap. de donationibus*, quo in loco duas fuisse *Antonini* orat. commentus est; quod tamèn *Fabro displicuit hic n.9.*

Cæterùm ipse *Faber, Corasio, & Duar.* assentiri maluit, & tradidit hic donationes omnes, & si destitutas traditione, morte tamèn inter conjuges confirmari. Verùm quia adversùs seipsum facere textum videbat in citata *l.23. D.de donat. inter vir.& uxor.* corruptam esse ejusdem receptam lectionē caussatur, eamque emendat, & à contextu particulam illam (*rectè*) dispungit.

4 Sed prorsus malè; nàm nedum id agit adversus omnium librorum, etiàm manuscriptorum fidem, sed facit arrepta ansa errandi ab *Accursij Glossemate*, quando videre poterat, nullam subesse causam, ut credamus *Vlpianū à Papiniani* Magistri sui relata sententia discessisse, cū illa apertis verbis orationis inniteretur. Nec dices *Vlpianum* potiùs mentem, quam verba attendisse. Nàm mens orationis etiam illa fuerat, quę verbis expressa est, scilicet providere ne Donatàrij possidentes inquietarentur contrà tam apertam patris familias donantis voluntatem, quam, & exequutioni dare ipsemet donans res donatas tradendo voluit. Cæterùm, & si dispungamus cum *Fabro* particulam (*rectè*) ne sequentia quidem importabunt *Vlpianū a Papiniano* recessisse; sed dumtaxat retulisse, quid ille, eoque non improbato, id quod aut approbatū importat, aut saltèm rem indecisam relinquit; hinc vel ex hoc capite emendatio *Fabriana* reijcienda est.

5 Quod autē habetur *in l.stipulata 33. D.de donationibus* de validitate donationis, & si res donatæ ab hæredibus donantis petantur receptiorem sententiam non labefactat; quippe quod in specie *d.l.* cum proponeretur mulierem stipulatam à viro donationis causa vestimenta, & cibaria, quæ ea important, de quibus agitur *in l.3. D.de an.legat. l. nec semel 12. D.quando dies leg.cedat. l.habitatio 11. D. de usufr.leg.* ejusmodi condictionis, facta donatio erat, ut nò posset unica præstatione tradi, sed oportebat (etsi primo anno fuisset à donante, annuum præstitum atque ità facta traditio) adhùc in sequentibus posteà eo mortuo, ab hæredibus peti, & proindè sat fuit, quod primo anno maritus dedisset, idve vicem traditionis supplevit.

6 Rursùs nec cōtra facit *l.cum hic status §.sive autem D.de donat.inter virum*; nàm quamvis ibi generaliter *Vlp.* dicat quod *Faber* exagerat *num.6.* omnes donationes confirmari; Id tamen ex alijs juris locis explicandum est, & intelligendum de donationibus traditione vallatis; tantò magis quod cum *Vlpianus* sic loquitur, ut dicat donationes omnes confirmari, quæ anteà impediebantur; Videtur non obscurè donationes, quæ traditionem præferebant perstringere; hæ enim erat quæ impediebantur ante *Antonini* orationē: nàm reliquæ, idest illæ, quæ nudo pacto factę fuerant, prorsùs non valebant, prorsùs non constabant, adeòque potiùs non validę erant, & nullæ, quam impeditæ.

7 Ter-

7 Tertiò, non adversatur rescriptum, quod extat *in l.2.C.de dote causa nec num.* quoniam in illius specie traditio per fictionem brevis manus intervenisse constat, ut explicabimus clarius, Deo dante *lib.19.c.12.*

8 Hæc autem cum satis sint; nàm & reliqua habet qui volet penes Eruditissimū *Amayam obs.2.c.10.* illud solū addendum restat, quod miror, & *Amayam* ipsum, cæterosque latuisse in hac materia, scil. *Justinianum* novissimè ea omnia, quæ dicta sunt, quæve de traditione, & donatione inter conjuges, è veteri Juris prudentia, & ex Digestorum, & Codicis legibus cautum fuerat, substulisse, & invertisse, unica data Novella, & quasi aliud agens ut solet, nempè ea, quæ sacra forma transmissa *Dominico* Gloriosissimo Præfecto de *diversis capitulis*, inscripta est: extatque in *Gothofredi* Editione *novella 162. collatione 9.tit.64.in cujus cap.1.* ità scriptum est: *Primum igitur capitulum tale erat; mulier super his, quæ ei à conjuge donata fuerant rebus non tamen tradita, volebat mortuo viro, & qui silentium egerat super donatione, res persequi, ut Domina harum tam donatione, quam silentio viri facta: opponebatur a detentoribus exceptionem ipsam solam habere conventam si detineret, non tamen, & ab alio posse ipsa vindicare, quod igitur controversum fuit tale erat. Nos verò recordati sumus Constitutionis nostræ dicentis, donantem, & si non sit stipulatus traditionem, necessitatem habere tradere donatum; non enim ad defraudationem, neque ut litera sint nuda interpositum convenit conficere instrumentū. Animum quoq; advertimus et ad Cinciæ legis veteris legislationem (quam benefaciens a sua legislatione removit dudum Respublica) talia lege includentem seù tractantē, qualia in præsenti controversia fuerunt, Et Sācimus, si quemadmodum priùs a nobis dictum est, perfectè omnia se habeant, quæ ad talem donationem pertinent, tàm secundum mensurā, quàm secundum insinuationem; valere ipsam ex modo omni per viri silentium illicò ab initio secundum nostram Constitutionem ex quo facta fuit; ita ut quamvis postea vir in hypothecam dederit, rem vel in pignus tradiderit, non tamen præalienasse viderit ipsum quandiù superstes erat silentem, & traditionem ipsam, sive intervenit dare ipsi exceptionem sive non intervenit præbere, & exactionem: siquidē stipulatio intervenit per ex stipulato, sin minùs per ex lege condictitiam ad consequendum id quod donatum est.*

9 Sed hujus Constitutionis ignari vulgares Interpretes, sicut & *Pragmatici*, passim tradunt; Confirmari quidem donationem inter conjuges morte sequuta donantis *Barbosa ad l. qui dotis 34. Gom. variar.2.n.23.Gutierez de juram.confirm.p.1.cap.3.* sed non confirmari, nisi traditio vera, vel saltèm ficta præcesserit; quoniam simplex donatio, aut promissio non sufficit, *Baldus*, & reliqui, cum quibus *Soccin.in reg.fall.142. Campegius de dote par.1.q.52.n.3. Albanus ad Bar. ad haec l.Papin.* & alij adducti à *Tiraquello de retractu conven.n.48.*

10 Sunt tamèn qui traditionis effectum suppleri juramento existimant; ideòque si jurata donatio fuerit confirmari eam, & si nulla traditio intercesserit iuxta notata à *Misingerio obser.cent.2.observ.33.à Gabrielio concl.3. sub tit.de donat.inter virum, & uxor. & à Riccio collect.799.* Nisi tamèn simulatam fuisse donationem constiterit, nam hanc nec juramentum firmare concludunt Omnes cum eodem *Gabrielio* loco citato, & *Toro in compend. dec.p.1.ver.donatio facta à viro uxori*, quamquàm etiam citrà hunc casum, sint qui juramenta nùnc esse de stilo, & passim in omnibus contractibus interponi potiùs ex quadā Notariorum, & Tabellionum consuetudine, & sollemnitate, quam ex contrahentiū provisione; ideòque vix dici posse per juramentū interpositum confirmari, aut convalidari actum de per se infirmum, & invalidum ex notatis ab *Abate Siculo cons.48.lib.2. Alexandro, alijsque.*

11 Illud verò apud omnes constat, quod si donatio inter conjuges fiat ob benè merita, & servitia præstita, nulla obstante prohibitione
12 valida erit, dummodò, & de servitijs constet, aliundè quam per simplicem relationem, aut assertionem contrahentium etiam juratam *Cutellus de donat.discursu 2.particula 13.n.31* & servitia, quæ dicuntur præstita, fuerint ultrà conjugalem obligationem, nam, & hæc præstari ultra illā posse, sicut & à subditis suo Principi exploratum est, vel ex uno *Salerni consil.19.§.5.* & ex his quæ docent idem *Cutellus d.discursu 2.par.13.n.43. Capyc. Latro dec.22.n.23.* quod, & asseveraverāt prius *Tiraquellus in l.si unquam vers.donatione largitus n.19. Molina de ritu nupt.lib.3.q.1. n.99. Fontanell.qu.5.Gl.1.p.2.a n.85. Molfes.ad Cōsuet.Neap.p.3.q.21.alijque de quibus Luca ad Francum decis.328.* & Horum sententiam se quendam judico nam in contrarium non urgent Doctissimi *R.Fabij Galeota in Resp.Fiscali 23.n.27.* ponderationes, siquidem ejus filius *D. Jacobus S. Angeli Dux, & supremi Senatus Decanus*, Patre, idest maximis Jur. Consultis Major; assiduis gloriosisque Monimentis exploratum notumque facit, quomodo possint, & de proprio Rege, Subditi bene mereri, quod ille egregiè præstitit, & si (ut verbis *Cassiodori* utar) obtinuerit fasces ex fascibus, & ex Dignitatibus dignitates.

13 Prædicta tamèn locum habere volunt ijdē *Pragmatici*, dūmodo moderata donatio fuerit

rit

rit, & catenus donatum sit, quatenus valor servitiorum importat, *Oldradus conf.226.n.8 de Amicis in tit. de his, qui feudum dare possunt §. hac autem n.1.* Nam alioquin, & si excedens ad valorem tamen usque servitiorum valebit, & non ultra, ut *Cutellus, & Fontanella* advertunt.

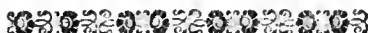
Porrò donationes illas, quas quandoq; viri senes, vel ignobiles uxori juveni, & nobili facere solent valere jam olim *Glos. & Bartolus in l.voluntate, vers.petendis C.de dotis promissione* affirmarunt, eosque sequutus *Tiraqu.de nobil.q.18.n.19.Surd.dec.166. nu.23. Gaillus lib.2.obser.40.Gratian.discept.cap.984. & Cutellus loco cit.n.44.* sicut, & vice versa valere
14 dicunt donationem, si uxor viro suo pietatis intuitu, aut ad honorem, & decorem asserendum, promovendumque donasset cum *Lupo in Rub.de donat.inter vir. & uxor.§.10.nu.43. Reg.Consil.Staibano res.19.n.15.* quæ tamèn assertio explicanda, & limitanda erit ex adductis à *Toro p.1. in ver.donatio facta ab uxore viro magne quantitatis.*

15 Illa autem donatio, quam vir in uxorem confert ob merita, licet valitura post mortem donaotis fuerit, actus tamèn inter vivos non censetor; ideòque non subiacet Consuetudini Neapolitanæ prohibeoti, ne quis de bonis antiquis in morte ultrà medietatem disponat ut rectè *Molfes.in cõment.* ad easdem consuet. pluribus in locis adnotavit, quod tamèn, & idem *Molfes.* & commentatores etiam limitant si in fraudem fieret consuet. donatio, ut evenit in casu, de quo *Georg.alleg.38.* & Nos alibi monuimus.

16 Insuper animadvertendum est, quod quãvis apud Nostros sit in foro contentio, an donationẽ quam vxor à marito consecuta est tenearur, si secundò nupserit filijs donantis, qui secundis nuptijs non consenserint (nam alioquin si consensissent aliud diceretur *Gratian.discep.cap.140.Barry de succes.ab intest.tit.2.n.8 Faber in Codice defin.8.sub tit.de secund. nuptijs*) reservare; attamèn si quæstio hæc ex his, quæ per leges nostras expressa sunt, decidẽda foret, non magnã haberet difficultatem; nàm si ex mera liberalitate viri donatio processerit, certum est subiacere eam dispositioni Imperiali, de qua *l.hac edictali*, & similibus *C. de secundis nuptijs*, ideoque reservandam esse liberis ex coniugio cum donante susceptis: at si non ex mera liberalitate, verum ex causa onerosa, veluti si ob noblitatem, vel pulchritudinem, aut ætatẽ fuisse donatum proponeretur, non idem dicendum erit, ut sentire visus est *Vivius in Sylva commun. opin. opin. 535.n.16. Francus cit.dec.428.Pascalis de patria potest.c.4.n.43. p.1.*

17 At quoniam quibusdam ex Pragmaticis in mentem venit asserere, quod donatio ob merita onerosa nequaquam dicenda sit, (quidquid alij in oppositum doceant, & ratiocinentur cum *Pinello in l.1.C.de bonis maternis p.3.a n.60.*) nã quoties merità non talia sunt ot ex illis in judicio conveniri potuisset donans, affirmant donationem ob hæc factam onerosam dicendam non esse, ut & *Cravetta conf.51.Harprectus ad Clar q.3.§.don.* alijq; dicebant. Hinc apud Nostros instituta disputatio de qua *Cutellus de donat.discursu 3.par.3. & Luca ad Francum, ubi supra* cum tamèn qui sentiunt donationẽ quã mulier à viro sene, aut ignobili consecuta est onerosam non esse dicendam; animadvertere debuissent, an juvenis virgo, & nobilis ducendo senem, & ignobilem gravetur, & an diminutionẽ aliquã existimationis sentiat, an aliter illud matrimoniũ contraxisset, an maritum gratificaverit, an de eo benemerita dici possit.

19 Denique, & illud notatu dignum est, quòd adeò Nostri deferunt traditioni, ut nedùm in donatione intèr coniuges necessariam eam existiment, sed & in alijs donationibus aprimè utilem ideòque inter plures donatarios
20 præferri illum volunt, cui res fuit tradita, ut ex *l.quoties 5.C.de rei vindic.* notavit *Tesaurus q.forens.lib.4.q.64.Caldas de empt.cap.34. n.3.Molf.ad consuet.Neap.q.10. tit: de renunc. n.7.in tomo 2.*



CAPVT ·IX.

An socius cavere de damno infecto socio compellatur.

SVMMARIVM.

1 *Non esse cavendum de damno infecto à socio alteri socio.*
2 *Aliter Fabro visum.*
3 *Refutatur illius ratiocinatio.*
4 *Adducitur Regula quod frustra honorariam petat qui civilem habet actionem.*
5 *Obiectio ex l.inter 39. D. eod. tit. de damno infecto.*
6 *Responsio.*
7 *Defenditur interpretum traditio.*
8 *Respondetur Fabro ex l. ex damni 70. D. de damno infecto.*
9 *Quid si neuter ex socijs ædificet.*
10 *Pragmaticorum sententia.*
11 *Socius si non curat reficere intra quadrimestre amittit dominium rei.*
12 *Dummodo fuerit requisitus,*
13 *De refectione expensarum iuxta Consuetud. Neap.*

14 *Socius potest reficere, & socium ad reficiendum adigere.*

1 HÆC quæstio utrum socius damni infecti socio cavere debeat decisa à *Gajo* est in *l. si adibus* 32. *D. de damno infecto*, ubi Respondet (*si adibus meis proximè sunt ades mea, & tua, & queritur, an si hac, vitium mihi faciant cavere mihi debeas pro damno propriarum mearum adium, scil. pro qua parte Dominus existas, & hoc plerisque placet. Sed movet me, quod ipse meas ades reficere possum, & impensas pro socio, aut communi dividundo judicio pro parte consequi.* His enim verbis non obscurè *Gajus* negat à socio petendam damni infecti cautionem eò quod is, qui petit, potest damnum vitare reparando domũ, quæ ruinam minatur, & quod expendit à socio pro sua parte consequi.

2 *Fabro* tamèn aliud visum est in præsenti, & caotionem, quam inutilem *Gajus* existimaverat, nedùm utilem, sed & necessariam, saltèm aliquando contendit, & ad adducta verba Respondet; in illis non quæsitum fuisse apud J. Consultum an cavere socius possit, sed an debeat cavere.

3 Verùm enimverò planè *Fabrum* nugari nemo non videt. Primò, quia apud J. Consultos idem, aliquod fieri non debere, ac fieri non posse est, non enim fieri potest quod fieri non debet. Deinde quia eadem Ratione, qua caveri non debet; quia inutilis cautio est ei, qui ex se damnum evitare potest, eadem concluditur, caveri non posse, ne actos inutilis fiat. Et hinc licèt à principio quæsitum an cavere mihi debeas postea generali adducta ratione conclusum, cavendum non esse.

4 His accedit Regula passim in Jure nostro probata, quod qui civilem actionem habet, frustrà honorariã desiderat ex *l. 1. D. de publiciana*, atqui socius habet in proposito actionem civilem, qua reficiendo, potest quod impendit pro socij parte, ab eodem socio recuperare; Ergò frustrà desiderat prætoriam, &

5 cautionem petit de damno infecto. Neque superiorem generalemque doctrinam labefactare potest exceptio illa, quæ est in *l. inter quos* 39. *D. eodem tit.* de damno infecto, qua

6 *Faber* abutitur: Siquidem ibi speciales quædam Rationes vigent à *Bartolo*, cætetisq; Repetentibus enumeratæ, quarum præcipua illa est, quod in ea specie non agitur de socijs testamenro, aut cõtractu aliave simili hominis dispositione in societatem conjunctis, sed de his, quos quidam eventus, aut naturalis quædam causa simul conjunxit, ut sunt qui murum communem habent, & ædificia hinc inde: horum enim non tàm facilè alter ex se solo potest reficere murum communem, & deinde à socio expensas recuperare: Quid enim si murus jam sub onere succumbat, & unius ædes altiùs ædificatæ onus majos imponant; adeò, ut refici murus, nisi illis refectis, aut demolitis nõ possit? Quomodo enim id faciet alter ex socijs, qui licet communem cum socio murum habeat, non tamen habet communes ædes super impositas, sed proprias, & distinctas ab illis, licet eidem muro divisorio incumbentes, quas alter habet, debuit igitur hic casus à Regula generali excipi, quoniam non solus murus communis, sed & ædes vicini ruinam minantur, & socius, & si communem murum possit reficere, non potest id ipsum facere de ædibus alienis. Rursùs id ipsum erit si proponas ex doobos socijs alterum pretiosiora ædificia habere, aut in hospitio communi; meliorem partem, & ornatiorem, nam adhùc dicendum erit ad hunc casum *Gaij* responsum non pertinere, & debere eum, qui partem haber minoris valoris cavere socio, qui majorem damnum sensurus est, ut *Papinianus* concludit in citata *l. inter quos* 39.

7 In duobus his propositis casibus duo sunt adnotanda. Primum, quod rectè Intepretes (injuria à *Fabro* reprehensi sub *num.* 5.) scripsère id, quod de cautione à *Papiniano* conclusum est habere locum; tàm si alter ex socijs, quàm si uterq; in pariete communi ædificet: nàm si, uno tantum ædificante, potest alter cautionem desiderare, nec opus ei est ut pretiosiora ædificia habeat, sed sufficit, quod habeat: & hoc ipsum, ei multò magis est cõcedendum, si nedum habeat, sed pretiosiora habeat, quoniam majus damnum timere cogitur, & ędificante uterque, adhùc rectè, idem dicetur, & quod is, qui habet pretiosiora ædificia sibi cavendum expostulabit, nàm damno majori exponitur, & licet ipse quoque cavere debeat, quoniam & ipse ædificat ad *l.* 43. §. *cum parietem D. de damno infecto*, attamèn quoniam majorem cautionem exigit, quàm præstat, & plus consequitur quã date cogitur, concludendũ rectissimè cautionem hùc pete-

8 re. Nec contrà est, quod scribitur ex *Vlpiani*, & *Sabini* sententia in *l. ex damnis* 40. §. 1. *D. de damno infecto*; nàm locum id habet quoties non ex ædificatione facta in communi pariete, sed ex accidenti quodam, & nullo intercedente sociorum facto, aut culpa, damnum eveniret; nàm tunc nihil alterum alteri præstare, justum est.

9 Secundum adnotandum, illud erit, quod si proponeretur Neutrum ex socijs ædificare, verùm ex se communem parietem ruinam minari, ut est casus à *Fabro* propositus *n.* 5. distinguẽdum erit, an paries ille communis possit solum ab illo refici, qui pretio-

tiosiora ædificia habet, & majus damnum timet, an verò non possit; quoniàm reficiendo oportebit ædes alterius socij innovare, & quidem si possit habebit locum Responsum *Gaij in l. si ædibus 72. à princ.* à nobis expositum; nàm hic est unus ex illis casibus, in quibus necessaria cautio non erit, cum possit socius ex se Reficere, & actione civili, quod expendit recuperare, ut & *Paulus* etiam adnotavit *recept. sent. lib. 5. cap. 10.* Nec causari poterit eum *Fabro*, quod pecuniam non habeat ad Reficiendum, aut quod potiùs velit eam fœnori collocare, quàm in Reficiendo expendere; quoniàm hujusmodi subterfugia Civilis legislator non admittit, nec curat, alioquin semper quod necessitas imponitur alicui aliquid dandi, vel faciendi se excusabit, Replicando se non habere pecuniam, aut velle eam dare fœnori, aut in utilius sibi negotium erogare. Si verò refici murus non possit ab eo solo, qui damnum majus sibi imminere asseverat tùnc is justè sibi caveri expostulabit; nàm hic casus ad Regulam *Pomponij*, & *Gaij* pertinere non potest, vel ipsomet *Fabro* judice sub *num. 5.*

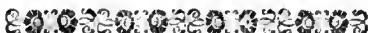
10 Cæterùm *Pragmatici* nostri sic distinguere solent post *Bartolum*, & *Baldum in Comment. ad cit. l. si ædibus*, quod aut murus ruinam minatur; quoniàm uterque Dominus ædificat, aut quia Neuter, aut quia Alter; & si quia uterque, nô erit cautioni locus, cum ipsi sint, qui sibi damnum faciant, nisi eo tanta contentione faciant ædificando, ut justum videatur ambobus id prohibere quod fieri posse notat *Ripa* in *l. quominùs D. de fluminibus nu. 137. & Soccinus in l. quotiès duobus D. de usufr.* at si Neuter ædificet, & nihilominùs murus ruinam minatur, qui habet pretiosiora ædificia justè sibi caveri expostulabit: sicut & alter ex socijs si altero ædificante ruinę det causam, quamvis aliàs constet posse socium re communi uti, etiam socio invito, etiam si aliquid damni ei inferat, ut notat *Tesaurus decis. 41.* nisi ad usum non destinatum uti vellet, ut idem Autor adnotavit.

11 Illud verò, quod *Gajus* dixerat, posse socium rem communem ex se reficere, & deinde expensas erogatas actione pro socio à socio pro parte ad illum spectante recuperare, adeò mordicùs tenent Plerique ut si res communis sit, quæ ruinam minatur, & requisitus socius partem suam non refecerit, & quatuor menses à die requisitionis elapsi fuerint, alter socius poterit ipse reficere totum ædificium, & dominium partis socij cōtumacis adquiret ex regula *l. si ut proponis C. de ædificijs privatis.* Et ex notatis à *Jasone* in *l. Creditor in fine D. si certum petatur, & in § sequenti num. 48. instit. de actionibus Cremens. singul. 941. Fuscho sing. 50.* alijs apud *Tuscum concl. 641. num. 3. Mascardum concl. 715. & Vivium decisione 217.* a quibus *Regens de Marinis quotid. 1. cap. 319. num. 9.*

12 At in his observandum est omninò requisitum socium debere esse, alioquin quoniàm contumaciam non contrahit, non amittet suę partis dominium, sed tantummodò reficienti partem expensarum præstabit, ut ex *l. cum duobus § idem Respondit D. pro socio* concludit *Glossa* ibidem, & *Doctores* superius adducti, sicut & præstat socius alteri socio, qui solvit commune debitum, aut pro communi liberatione expendit *Afflictus decis. 319. n. 10.* ubi & *Ursillus* vide cætera ad hanc rem quæ sunt penès *Mascardum concl. 715.*

13 Sed hæc, quæ notavimus, magis aperta, & obvia sunt *Neapolit. Pragmaticis*, quàm alijs: eò quod consuetudines scriptas habent, sub *tit. de collatione expensarum in re communi facienda*, in quibus, & in additionibus ad easdem, quæ circa refectionem dicenda sint quæve observanda lucidè, & distinctè exposita fuere.

Denique & illud Adnotandum, quod dum ex Nostris nonnulli eum *Cremens. singul. 97. Cepolla cautela 85. Renato Coppino de Jurisd. Andegavensi lib. 1. cap. 2. Rebuffo cons. 156.* indistinctè ad communem murum reficiendum posse socium socium adigere, eoq; nolente demum illum reficere, & expensas repetere, asseverant non obstantibus quæ diximus, & inculcavimus, hos adversùs Juris Consultos ratiocinari, & eandem opinionem eum *Fabro* habuisse planè dignoscimus.



CAPVT X.

De conciliatione l. is qui mihi 28. D. de jure fisci cum l. ult. D. qui potiores in pign. habeantur.

SVMMARIVM.

1 *Exponitur Antinomia inter Vlpianum, & Paulum.*
2 *Interpretes desperatam existimant.*
3 *Sunt qui dicant falsam Regulam de præferendo fiscum in post quæsitis.*
4 *Fabri Sententia adversus Accursium.*
5 *Ejusdem Fabri ratiocinatio.*
6 *Reicitur.*
7 *Impugnatur Fabriana explicatio ad Scævolam.*
8 *Quid Repetentes & Pragmatici sentiant.*
9 *Hi fatentur fiscum præferendum in bonis post quæsitis.*

10 *Sed negant si concurrat cum privato habente hypothecam tacitam.*
11 *Præsertim si privilegiatam.*
12 *Impugnatur explicatio quorundam ad l. Sejam.*
13 *Privilegium quod habet pupillus non est circa prælationem.*
14 *Nisi in bonis emptis ex sua pecunia.*
15 *Nec est par causa pupilli, & Mulieris.*
16 *Onus probandi bona fuisse post quæsita, spectat ad fiscum.*
17 *Aliter est in donatione facta a fisci debitore.*
18 *Fiscus prælationem habet solummodò in bonis post quæsitis.*
19 *Pro fiscalibus pœnis cedit privato Creditori.*
20 *In pœna partim applicanda parti, & partim fisco, Privatus præfertur.*
21 *Non sic in pœna imposita in liquidatione, seu incusatione instrumenti.*

1 Ulpianus in l. is, qui mihi 28. D. de Jure fisci, nedum ex *Papiniani* sententia; sed ex Principum constitutione Respondet fiscum in quæsitis à debitore suo, postquàm cum ipso contraxit cæteris omnibus præferendum; prævenit enim pignoris causam, sed *Scevola* in *l. Seja ult. D. qui potiores*, videtur oppositum sentijsse, cum concludit, in specie apud eum proposita, Sejam præferendam fisco etiam in bonis quæsitis post contractum.
2 Contrarietatem ex interpretibus Plerique
3 desperatam existimant, Plerique falsam etiã esse Regulam suprapositam, & nullam habere fiscum adhùc in post quæsitis bonis prælationem contendunt, sed jure privatorum, in illis, uti volunt. Hinc *Vlpianum*, & *Papinianum in cit. l. 28.* loqui dicunt de eo contractu, qui in tempore antecessit, & verbum illud contraxerit non futuri temporis, sed præteriti exponunt, ita edocti præcipuè ab *Vgone Donello in tractatu de pign. & hypot. cap. de prel.* Sed quidquid isti comminiscantur, quibus satisfecimus *suspicionum libris*, ubi & veram esse Regulam quod Fiscus in bonis post contractum quæsitis præfetatur, & non obstare eidem hanc *l. Seja* demonstravimus. Ad *Fabrum* deveniamus.

4 Et is in principio hujus capitis *Accursium* reprehendit, eo quod scripsit in citata *l. 28.* proponi *a Papiniano* fiscale privilegium, & quod fiscus prælationem habeat, quando *Papinianus* de Jure communi respondet, & prælationem fisco ex communi Juris regulis tribuit.

At non ità esse, & rectissimè *Accursium* loquutum facilè videt, quisquis observabit *Papinianum* ex Principum constitutione potissimum, ad ità dicendum moveri, & proindè ex Jure constituto in favorem fisci non ex Regulis communibus respondere.

5 Neque bona *Fabri* ratiocinatio ea est, quam desumit ex *Brocardico* illo apud Nostros totiès jactato, quod citiùs operarur lex quam homo, & proindè oporteat Fiscum præferre; quia cum hypothecam habeat tacitam, & legalem ex ea semper anterior reperitur illis, qui habent expressam, & conventionalem; nàm lex statim operatur, hominis verò conventio non nisi perfecto contractu.

6 Non bona quidem ratiocinatio; nàm etiã concesso, quod is, qui de expressa hypotheca sibi cavit eam non habeat, nisi perfecto contractu, quando is, qui tacitam habet, hypothecam illam habet statim; & à principio, quo contrahere incipit, adhùc non ideò poterat concludi fiscum esse præferendum in bonis post quæsitis; nàm dum loquimur de fisco tempore posteriore, jam supponimus cõtractum antea à privato gestum perfectum, & ex eo jam natam hypothecam conventionalẽ in sui beneficium fuisse: undè cum debitor posteà cum fisco contrahit hypotheca legalis, quæ ex hoc secundo contractu nascitur, & si à principio contractus nascatur, jàm natam invenit hypothecam conventionalem; atque ita eam se anteriorem invenit Cum nasceirur; hinc cum bona deindè quæsita hypothecis debeant subijci eo ordine, quo hypothecę contractæ inveniuntur, & cum sedum hunc ordinem prior fit nata hypotheca privati quam fisci; non aliud respondendum fuit quam privatum tempore anteriorem fisco præferendum; ergò cum alitet *Papinianus* respondeat jam non quod receptum ex Juris regulis, sed quod constitutum fuerat Respondit; nam alioquin bona post quæsita, cum ut futura se habeanr, tàm respectu hypothecæ conventionalis privati, quam legalis fisci secundum ordinem temporis illis subijcerentur.

7 Denique & quod idem *Faber* scribit sub *num.* 4. circa citatum Scevolæ responsum in *l. ult.* Nempè ex illo præferri *Sejam* fisco etiã in bonis quæsitis à debitore, postquàm cum fisco contraxit; at non in quæsitis post novationem factam, & secundam obligationem in ipsiusmet Sejæ beneficium, animadversione dignum est. Siquidem primò quoad bona quæsita à debitore, postquàm cum fisco contraxit, non Seja, sed fiscus præferendus omninò fuerat, & privilegium fiscale, de quo suprà *Vlpianus* ità expostulabat, *prævenit enim causam pignoris fiscus*, scil. pignus, illud quod super bonis quæsitis contraheretur vigore prioris obligationis, & hypothecæ generalis, quæ circà futura bona se habet cum conditione illa si bona debitori erunt quæsita, prævenitur, inhibetur, & non contrahitur; quoniam causa illius præventa est, idest

puri-

purificatio illius cōditionis si simplicitèr bona quæterētur, non enim simplicitèr quærunetur, sed fisco affecta ob privilegium eidem cōcessum. Secundò quoad bona quæsita à debitore post novationem animadvertendum erit non posse poni novationem fuisse factam, postquàm cum Fisco contractum est: nàm si ità foret, parùm, aut nihil operaretur novatio, operante ex se fiscali privilegio; sed ponendum esset novationem factam ante contractum cum fisco, ut latiùs in *libris suspicionum* diximus ex quibus alia petenda sunt.

8 Vulgares autem Interpretes, cum quibus *Pragmat.* dum tractant de materia harum legum. Primò adesse privilegium in favorem Fisci contendunt, ut in bonis quæsitis à debitore, postquàm secum contraxit, ipse fiscus
9 præferatur privato, & si ille hypothecam generalem tempore anteriorem habuerit, ut *Bartolus, Salicetus. Albanus*, & reliqui ad jura adducta, & ad *l.1. C.de privil.fisci, Neguzantius de pign.4.membr.2.partis a num.* 119. *Mantica de tacitis lib.*11.*tit.*22.*nu.*29. *Gaitus de credito quæsito* 11. *num.*1542. adnotatum reliquère.

10 At nihilominùs, ut solent, obliti postea de hac traditione, cum non habeant quid respondeant ad *Scevolam* in citata *l. Seja D. qui potiores* asseverant illud ipsum, quod *Faber*, scil. ideò ibi *Sejam* fisco prælatam etiam in post quæsitis, quoniam *Seja* eadem tacita hypotheca ob tutelam, qua fiscus ob contractum munita erat. Hinc secundò fabricant *Brocardicum* illud, quod in pari causa prior tēpore potior est in Jure, etiā in quæsitis post utriusque obligationem, ut videre est apud *Bartolum*, & *Baldum* ad citatam *l.Seja Neguzant.membro 2.partis 2. num.1. Cepolla cautela* 124. *Asinium in tractatu de executione* §.7. *cap.*22.*num.*1. atque ità privilegium fiscale magna ex parte destruunt, dùm volunt habere locum adversus hypothecas generales expressas, sivè conventionales, non item adversus tacitas, idest legales: quasi plus contrahenti opitulari posset legis provisio, quàm ipsiusmet contrahentis providentia, & conventio, & quasi non ipsimet *Pragmatici*, & Repetentes in §.negotiatori ejusdem *l.Seje*, adnotando, privatum habentem hypothecam expressam anteriorem præferendum fisco, & Imperatori postea contrahenti ex eisdem *Bartolo, & Baldo, Neguzantio 2.membro 5.partis ampliatione* 17. *Peregrino de Jure fisci lib.6.cap.6.num.*15. non innuerent, vigorem hypothecæ conventionalis superare legalis hypothecæ potestatem; quod & in alijs casibus passim verificatum videmus.

11 Hinc hæc animadversi qui melioris notæ inter Pragmaticos videri volunt; solent ità rē totam distinguere, ut fateantur generalitèr quidem verum esse quod Fiscus in bonis post quæsitis præferatur privato, qui hypothecam habeat, etiam anteriorem; at non idem dicēdum, si & privatus ille hypothecam quam habet, habeat etiam privilegiatam, ut habet mulier pro dote, & pupillus; Siquidem cum his concurrens fiscus; quia omnium pat causa est, temporis cursum servare cogetur, ut prior in tempore præferatur; & ita concludunt *Mantica de tacitis ubi supra tit.*25.*n.*10. *Gaitus loco cit.num.* 1548. & *Regens de Marinis in observat. ad decisiones Reg. Reverterij observat.* 38.*num.* 4. Cæterùm & hos omnes fuisse illusos constat à citata *l.Seja*, quàm ità exposuère, ut voluerint in ea, ideò Sejam prælatam, quoniam pat privilegium cum fi-
12 sco habebat. Cum tamen in eo primò errent citati interpretes, in intellectu dictæ *l. Seja*, quod non animadvertunt, quod etsi pupilli, & minores habeant tacitam hypotecam in bonis tutoris, & curatoris; non habent tamèn privilegium prælationis; siquidem cautum in jure extat, ut bona tutorum, & curatorum tacitæ hypothecæ subijciantur in suorum pupillorum, & minorum favorem *l. pro officio, ubi Bartolus C.de administratione tutorum*, quod & ad bona administratoris, & ad bona curatoris absentis, curatoris ad litem, licet de hoc absoluta res non sit, cum de ea valdè dubitet *Bacovius de pign.lib.1.cap.9. num.* 4. Itèm ad bona curatorum prodigi, furiosi, administratorum Rerum Ecclesiæ, pauperum, & similium extendunt. *Montanus de jure tutelarum cap.* 34. *effectu* 2. *& Escobar de ratiocinijs cap.* 39. At non etiam cautum est in Jure, ut ultrà tacitam hypothecam, privilegium quoque prælationis habeant, sicuti in
13 dote constitutum extat. Et quamvis plerisq; in locis fiat mentio de privilegio pupillo cōpetente; attamèn privilegium ibidem, aut nō aliud significat, quàm tacitam hypothecam, ut est in *l.1.§.privilegium D.de Magistratibus conveniendis*, quod & Repetentes ipsi fatentur, & adnotatum est à *Dionisio Gothofredo*; aut pertinet ad personalem actionem non ad hypothecariam, ut in specie *l.ex pluribus* 45.*D.de adm. & peric.tutorum, & l.dabimus* 19. *D.de rebus, aut. Jud. possid.*, ut fatentur ijdem *Pragmatici* cum eodem *Montano de Jure tutelarum loco cit.effectu 2.num.* 41. aut denique privilegium illud, est quidem prælationis; sed limitatæ, ut ea uti pupillus possit
14 tantummodò super bonis ex sua pecunia emptis, ut est expressum in *l. Dabimus in princ.vers.privil. D.de privil. cred.sive de rebus, aut. Jud.possid. l.idemque 7. ubi Glossa D. qui pot.* & scribunt *Merier.lib.2.de privil.cred. & Neguzant.* cum quibus *Galluppus in praxi concursus creditorum cap. 3. num.* 14.

& Ro-

& *Rodriquez de concursu creditorum 1.parte art.4.de privil.pupilli nu.*20. Quæ omnia cum ità sint, & constet pupillum non habere privilegium prælationis, sequitur malè dixisse *Manticam, Gaitum*, & de *Marinis* in specie *l.Seja* æqualem fuisse Sejæ, & fisci hypothecam, vallatam scil. eodem prælationis privilegio,& utriusque parem causam fuisse;quando alter prælationē ultra tacitam hypothecam habet,alter non item;ideoque eorū longè dispar conditio est. Rursùs DD. citati animadvertere debuissent, quod sì dignum notatu est, ut anxiè monent *Neguzant.membro 4.2.partis num.12. Cavalc. de tutore,& curatore num.* 177. quod hypotheca in bonis tutoris incipiat à die tutelæ susceptæ, non à die administrationis, de quo latè respectu eorum, qui administrant res fisci *Regens Galeota Responso* 6. jam ex hoc sequitur certo certiùs esse quod nullam habeat in bonis tutoris prælationem pupillus, alioquin parùm de tempore deberet esse sollicitus; sciens prælationis privilegio sibi jam & abūdantèr cautum esse.oportet igitur fateri quod pupilli nullam habent prælationem, ut nullam habere fatentur apertis verbis *Galluppus*, & *Rodriquez* nisi in bonis ex eorum pecunia emptis, & ab ipsis tutoribus emptis, non item ab extraneis. quæ omnia cū ita sint,sequetur, ut non possit dici parem causam fuisse pupilli,& fisci in specie *l.Seja*, ut dictum est.

15 Tertiò animadvertere debuissent DD. qui supra, non esse causam dotis cum causa popilli conjungendam; nàm & si pupillus non concurrat cum fisco,dos concurret; quoniam si pro ea mulier agat, & fiscus pro suo credito similitèr agat,quoniàm & mulier privilegium prælationis habet rectissimè dicemus parem esse utriusq; causam,& mulierem cum fisco etiam in post quæsitis concurrere, ut bene dicunt *Peregrinus de Jure fisci lib.6. tit.6.num.8.de Ponte cons.80.num.2. Galeota contr.2.cap.67.num.* 20.ideòque in hoc etiam errare *Manticam, Gaitum*, & *de Marinis*. constat, quod mulierem, & pupillum eorunvè causas uti pares tractant, & confundunt.

16 At rectè tamèn citatus *Gaitus n.*1550. illud monet, quod & *Mantica*, & *Neguzant.* scripserant probandi onus fisco incumbere, quod bona fuerint post contractum cum eo,

17 adquisita; nàm præsumptio est potiùs quod ante à debitore cōmuni quæsita fuerint,quod sanè non ità simplicitèr admittimus, cum de donatione bonorum facta ab eo, qui fisci debitor reperitur quæstio fit, & dubitetur circà *l.1.C.de jure fisci*, cui onus probandi incumbat ad quod videndus *Amaya in Comment. ad lib.*10. *Codicis ad citatam legem*, & *Revertorium decis.*378.*num.*2.

18 Portò quæ de prælatione fisco competente dicta sunt, habent quidem locum in bonis post contractum quæsitis,sed non in alijs, nec generalitèr, ut Neoterici ex *Cujacio* 10. *Responsorum Papiniani ad l.si revocat* 20. *D.de jure fisci,Bacovio de pign.lib.4.cap.*10. & concordantes asserunt *Pragmatici* cum *Mantica lib.*11.*de tacitis tit.*25.*nu.*1. *Rolando cons.*79. *num* 1.*lib.*4. & ex utraque secta *Arias de Me-*

19 *sa lib.*1.*Variarum cap.*23. *num.*19. hinc passim in ore Nostrorum Regula,quod fiscus in his, in quibus specialitèr privilegiatus non invenitur jurè privati uti debet. *Regens Galeota contr.*1.*cap.*1.*num.*3.& *in addit. num.*43. & innumeris ferè citatis *Salgadus in labyrinto cred.*1.*par.cap.*7.*nu.*11. *vers.tamen semper*,

20 Non tamen Regulam adeò perpetuò verā plerisq; existimant,ut non plerumq; privatum fisco præferendum velint, idvè nedùm in pœnis fiscalibus, quibus creditores præferri integro Digestorū titulo cautum est; sed etiam in illis casibus, in quibus pœna pecuniaria imposita partim fisco, partim læsæ parti applicanda est, quoniàm & in illis pars pro sua portione, potior fisco erit; ut advertit *Paponius lib.*2. *tit.*16. *Aresto* 1. *Julius Cla-*

21 *rus in §.fin.q.*78. & *Salgadus ubi sup. num.* 5. qui & hoc ipsum in creditoribus concurrentibus cum fisco magis certum esse ait. Cum tamèn apud Nostros *Caravita in ritu* 184. in ea sententia inclinaverat; quæ creditori instrumentum liquidanti, sivè incusanti fiscum pro pœna exigenda incusationis præferendum credit. quod receptum in foro retulit *Torus in* 1.*par.* compendij in verbo *fisco, an priùs pro pœna*. Cæterùm *Doctiss. Rodoerius*, nec malè in observatis ad *caput* 148. *de Marinis* post *Peregr.* & *Caballum* admisit concursum una simul fisci, & privati pro rata si bona ambobus non sufficiant.



CAPUT XI.

De emendatione l. si quis 17. §. si impubes D.de instit. actione.

SUMMARIUM.

1 *In quo differat institutor à mandatario.*
2 *Fabri Sententia.*
3 *Impugnatur.*
4 *Vera differentia assignatur inter mandatarium, & institutorem.*
5 *Respondetur ad argumentum Fabri.*
6 *Opponitur Fabrianæ Emendationi.*
7 *Quid Nostri velint in hac re.*
8 *Eorum sententia, & differentia quam sta-*

statuunt inter institores mandatarios, & procuratores.

9 *Quomodo factis aut verbis institor constituatur.*

10 *Quomodo obliget dominum.*

11 *In negocijs mercatorum institores vocantur complementarij.*

12 *Remotio institorum publicè fieri debet.*

13 *Quid si institor fuerit ad certum tempus constitutus aut partem habeat, vel administrationem.*

14 *Procurator removetur, & si dominus jurasset non removere.*

15 *Bona institorum remanent pupillo obligata.*

16 *Quid si fuisset institor datus à Judice.*

17 *Qui amicitia gratia in negotijs pupilli se ingerit, tenetur solum actione personali.*

18 *An idem quod de pupillis sit de Universitatibus dicendum.*

19 *Quidam ex Pragmaticis admittunt Fabri distinctionem.*

20 *Remotio institoris, & revocatio mandati fit per decoctionem.*

1 ET si aliàs institor mandatario similis videatur, in eo tamen potissimum ab illo differt, quod ipse nisi amoveatur institorem esse non definit; Mandatarius verò talis esse definit multis modis, & præcipuè morte mandantis. ex hoc autem oritur perspicua Ratio ad *l. si quis 17. §. si impubes D. de instit: actione*, in cujus specie ideò *Paulus* respondet non imputandum ei, qui sciens dominum decessisse si cum institore adhùc merces exercente contraxit; quoniam pro certo habuit non mortem Domini, sed Remotionem ab exercitio institorem officio privare.

2 Sed *Faber* in præsenti primò vult. omninò similem institorem mandatario esse censendum, deinde suadet, & in Institore quoque adhibendam distinctionem, quàm in mandatario proposuit *Africanus* in *l. ejus, qui 40. D. si certum petatur*, an scil. ignorans, an verò sciens is fuerit, qui, mortuo Domino cum eo contraxerit. Et ad hanc distinctionem *citata l. si quis 17.* accomodandam literam, adhibita emendatione contendit.

3 Sed huic *Fabrianæ* sententiæ illud obstat, quòd cum institoris officium negotio publico inserviat, utilitas promiscui usus exposcit, ut non aliud qui contrahere velint exquirere in ipso debeant, nisi an adhùc exerceat, an verò ab exercitio fuerit submotus; siquidem eo ipso, quod Dominus non submovit teneri ex ejus contractu velle præsumitur; ideòque de gestis per ipsum, etiamsi pupillus Dominus ipse, aut furiosus fuerit, tenebitur, ut *Paulus* fatetur in hac *l. 17.* ità ut dictum est promiscui usus utilitate exigente: hoc autem

4 non ita esse in mandatario constat, nam cum mandatum privati alicujus gratia recipiatur *l. 1. & 2. D. mandati* exercitium mandati non publicam, sed privatam respicit utilitatem, & propterea officio institoris æquale non est, unde & quod in altero receptum est non potest ad utrumque trahi; igitur in mandato receptis Juris Regulis insistimus, & cum mandantis morte finiatur, dicimus eo finito ampliùs cum mandatario contrahi nō posse; & si de facto contractum sit de bona fide quærendum, & an qui contraxit excusari possit, & hoc est, quod adhibita distinctione inter scientem, & ignorantem *Africanus* Respōdit in citata *l. ejus, qui in provincia 4. D. si certum petatur*, at è cōtrario non item in institore eamdem Regulā attendimus, sed aliā quæ habet exercitiū illius nō morte Domini, sed Remotione finiri: & hinc sufficere ei, qui contraxit, Contraxisse cum institore non adhùc remoto, & si Domini mortem scivis-

5 set affirmamus. Neque his obstat, quod *Faber* opponit scil. illa verba (*qui sciens Dominum decessisse*) quibus *Paulus* utitur, denotare nō admisisse cum simpliciter, & indistinctè, quod nos dicimus, Contrahentem cum institore non remoto, & si Domino jam mortuo rectè contrahere, eique nihil imputandum, & si sciens fuerit.

6 Nam Respondetur quinimmò citata verba nostram sententiam quàm maximè probare; nàm cum in illis decidatur ea species, in qua sciens is fuerit, qui contraxit, & tamen nil ei imputandum dicatur, quis non videt in alia specie minùs difficili de eo, qui ignorans contraxit id ipsum *Paulum* dicturum fuisse, & nihil imputaturum.

Denique, & illud addendum, quod adversùs *Fabrianam* emendationem nedùm clamant libri omnes etiam *Basilicorum*, in quibus *lib. 18. tit. 1. cap. 17. §. 1.* disertè scriptum extat: *Nec imputatur ei, qui sciens, &c.* Sed pugnant ea, quæ *Cujacius* scripsit *tract. 8. ad Africanum ad l. 40.* & ea quæ *Bacovius in tract. de action. disp. 8. Thesi 10.*

7 At Repetentes vulgares, & qui eos sequūtur *Pragmatici* distinctiùs quàm *Faber* in hac materia procedunt, & primò post *Bartolum*, *Baldum*, & sequaces agnoscunt distinctionem inter institorem, & cæteros mandatarios, eamque potissimum esse volunt, quod institoris mandatum non ut cæterorum morte expirat mandantis; sed permanet ideòque rectè, etiam post mortem Domini, institori solvetur *Mozzius in tract. de contractibus tit. de mandato Rubr. quemadmodum annullatur, &c. num. 10.*

8 Fatentur quoque institorem eum esse, qui negotiationi universali quæstuariæ præponitur certo loco nō designato post *Bartolum*

in

in l. si institorem D. si certum petatur, Baldum in l. mandatum 3. C. mandati Glossam in l. liberto D. de negotijs gestis, & Repetentes nmnes in *l. 3. de inst. act.* & in *l. 1. §. institor eod. tit.* hinc dicunt, quod en ipso, quod quis patitur alium in sua apntheca facere, & negotiari, institorem eum cnnstitnit, & negntiatinni præpnnit ex traditis in *l. quicumque*, & ibidem à *Bartolo*, & *Baldo D. de const. pec.* & ab endem *Baldo in rubr. Codicis eod. tit.* atque hnc esse
9 dicunt factis constituere institorem; cum verbis etiam cnnstituatur, si cui dixerit dnminus facio te institnrem meum, aut factnrem meum, ut ponderat idem *Baldus in l. mandatum C. mandati, & Alexander in l. 1. D. de instit. act.*

10 Hns autem institores obligare Dominos, suos Nostri fatentur, tum circa venditinnes tum in materia redhibitnriæ actinnis, & evictionis *l. si cū in princ. D. de instit. act.* quinimmò & ad pœnas quoque, modn illæ veniant ex natura negotij cnntracti. *Baldns in citata rubr. Codicis de const. pec. Soccinus cons. 154. vers. vigesimus quintus, & vers. 8. casus in 2. parte*, quamvis institnr ipse in his, quæ ut talis gerit nnn obligetur *l. fin. D. de evict. P. de Castro cons. 147.*

11 Hunc autem, quem institorem leges nnstræ, & interpretes vncant cnmplementarium in forn (à mercatnribus sumptn vocabuln) Nostri appellant post *Raphaelem de Turre de cambijs disput. 3. q. 7. num. 35.* atque diversum lnngè à Procuratore eum esse in pluribus adnnrat *Regius Consiliarius Roccus in notabilibus fuit sub tit. de mandato, seù complemento notabili 5.*

12 Sed in his, quæ diximus suprà, illud in primis adnntandum est, quod cum institnr per Remnrinnem ab exercirio ablegetur, npnrtebit remotinnem illam palàm fieri, & ità ut omnibus innotescat, ur ex Thenria *l. si pupilli §. de quo palam D. de instit. actione* advertit *Gomes. variarum 2. tit. de societate num. 6. Escobar de Ratiocinijs cap. 23.* & idem *Roccus lib. 1. responso 17. num. 4.*

13 Quòd si institor ad certum tempus, & & præfinitum constitutus fuerit, durante præfixo tempore eoq; adhùc nnn effluxn remnveri nnn poterit. Idem si partem haberet, aut administrationem sibi reservasset *Rota Genuensis decis. 14. num. 6n.* & tamèn Prncuratorem Dominus etiam si jurasset se ab eo mandarum non revocaturum, adhùc removere poterit juxtà tradita à *R. Galeota contr. 6n.*

15 Cæterùm sicut verum est, & à *Paulo* in hac nostra *l.* Responsum, qund institor nnn amntus nbligat hæredes Domini, & si pupillns; ità vice versa verum qunque est (quod adnntant plerique) institoris, seù factnris bnna remanere pupillo sub tacita hypotheca obligata ex administratinne, quam gerit, sivè cōtinuandn exercitium, in qun fuerat à defunctn positus, sivè nnvitèr à tutoribus ipsius pupilli, aut curatnribus institnr electus. Ità *Escobar. de Ratiocinijs cap. 39. Montanus de*
16 *Jure tutelarum cap. 31.* nisi fortè hic instirnr, aut Factnr nnn à defunctn, vel curatnribus sivè tutnribus hæredum, sed à Judice fuisset administratinni præpnsitus, ut advertunt *Rodriquez de concursu creditorum par. 1. art. 4. nu. 23. Berlichius pract. par. 1. concl. 67.* quamquàm nnn desint qui contrà senriant, & bnna hujusmodi institnris à Judice dati etiam hypnthecata remanere velint cum *Josepho Ludovico decis. Perusina 4. nn. 2.* ideòque videas *Regium Consiliarium Staibanum in observatis ad resolut. 90. num. 9.*

17 Sed si quis amicitiæ gratia negotium pupillare gessisset, nnn ideò bona sua hypothecæ mancipavit, sed tantummndn de gestis per eum persnnali actinne tenebirur, ut monet *Rodriquez de privil. cred. regula 4. ampliat. 4. ex tex. in l. si negotium 23. D. de privil. cred.* & pnst *Bartolum, Baldum*, & sequaces *Staibanus loco citato nn. 13.* qui & *resolut. lib. 1. c. 20.* tractat etiam nec malè, an quæ dicta supra sunt de institore, & factore, in rebus pupilli
18 cnnstituto, locum habeant, & quatenùs in his, qui bnna Uuiversitatum administranda sumpsère.

19 Denique observandum erit, quod distinctinnem illam, quam adhibendam ex *Africano*, in præsenti suadet *Faber*, an sciens quis an verò ignnrans mortun Dominn instirnri solverit *Pragmatici* omnes admittunt nnn in casu mnrtis, sed in casu decnctinnis, & fugæ ipsius principalis; nàm si propnnatur post dictam decnctionem, & fugam solutum fuisse, qunniam solutin contingit, nt facta sit extinctn mandato, (extinctum enim per decnctinnem, & instirnrem remotum suppo-
20 nunt,) videndum erit an qui solvit ignorans id egerir, & in bona fide, an verò in mala, ur *Stracca* scripsit *de decoctoribus par. 3. num. 51.* & ex en *Joannes de Evia* in libris *commercij terrestris lib. 1n. cap. 11. num. 44.* & ex his, & alijs *Consil. Roccus lib. 2. in not. de decoctione mercatorum notabili 44.*



CA-



CAPUT XII.

De actione quæ adversus Fidejussorem competit qui promissum servum ante moram promissoris occiderit.

SVMMARIVM.

1 *Qua actio adversus fidejussorem occidentem promissum servum ante moram, competat.*
2 *Videtur competere de dolo.*
3 *Aliud visum Fabro post Donellum.*
4 *Impugnatur eorum traditio.*
5 *Expenduntur Papiniani verba in l. fidejussor.*
6 *Quid vulgares interpretes adeoque, & Pragmatici sentiant.*
7 *Quid si fidejussor rem non perimisset, sed tanquam propriam vindicasset.*
8 *Quid si reus ipse perimisset.*
9 *Fidejussor liberatur existente Creditore in mora exigendi.*
10 *Id ipsumcontingit si Reus ab officio amovendus, non fuerit amotus.*
11 *Fidejussor alicujus facti à reo faciendi, si totum posse fecerit liberabitur.*
12 *Sed non si insolidum se obligaverit.*
13 *Si Reus statum mutasset fidejussor de eo præsentando liberabitur.*
14 *Item si propter aliud delictum, bannitus à loco, aut in fugam adactus.*
15 *Mora facit, ut & fidejussor petere possit se ab obligatione eximi.*
16 *Contractu existente nullo an fidejussor liberetur.*
17 *Quid si adsit juramentum.*
18 *Quid si insolidum sit obligatus.*

1 QUA actione fidejussor teneatur, qui promissum animal aut servum antè promissoris moram occiderit, anceps quæstio est, & magnis contentionibus inter Neotericos jactata; Sunt enim, qui de dolo agendum putant cum *Neratio*, & *Juliano* quos *Papinianus* sequitur in *l. si fidejussor* 19. *D. de dolo*; sunt qui contrà ex stipulatu superesse actionem contendant, idvè probare conantur ex *Paulo* in *l. mora* 88. *D. de verbor. obligat.* & ex eodemmet *Papiniano* in *l. Sticcum* §. 1. *D. de solut.*

2 Mihi tamèn sempet placuit eorum sententia, qui de dolo agendum suadent; quoniam per interitum tei promissæ ante moram defecta stipularione, agi ex stipulatu non potest ad *tex. in l. si certus* 37. *cum similibus D. de verborum oblig.* unde succedit Regula, quod quotiescumque alia actio deficit, de dolo agendum est; Cæterùm si non ante moram, sed post moram fidejussor occidisset, hoc casu quoniam mora obligationem jam natam perpetuavit libentissimè ex stipulatu agi posse concederem, ut aliàs *in suspicionum libris* de hac re tractando, jam dixi.

3 Sed *Fabro* alitet hic visum fuit, ideòque pluribus mutuò sũptis ab *Hugone Donello in Comment. ad l. filius familias* 49. *D. de verborum O.* cum eodẽ concludit ex stipulatu agendum fore quidquid *Neratius*, & *Julianus* existimaverint, quorum sententiam referat dumtaxàt non item probet *Papinianus in cit. l. si fidejussor.*

4 Verùm enim vetò illud primò adversùs *Fabrum* observandum velim, quod nullo juris loco, nisi fortè sub *tit. de origine Juris*, & in quibusdam paucis similibus J. C. historicas dumtaxàt narrationes prætexere, nam nunquam penitùs historicè aliorum dicta narrasse videmus, sed sẽper quod id quod alij sentiebant retulère, statim, & quod ipsi sentirent de enarrata sententia subjecère, quod si quandoque eorum opinio *Triboniano* displicuit statim, & hic ex alterius J. Consulti subjecta sententia prænarratum, reijcit, & impugnat, ut cuique in libris nostris versaro
5 in promptu est: Secundò adversùs *Fabrum* observo, quod in hoc eodem *Papiniani* Responso, videmus nedum referri quod *Neratius* in proposita quæstione voluerit, sed apertis verbis illius sententiam probari; non enim simpliciter scriptum extat (*si fidejussor promissum animal antè moram occiderit de dolo actionem reddi adversùs eum oportere Neratius priscus, & Jul. responderunt*, sed adjecta est dictis ab ipso *Papiniano* ratio illa) *quoniã debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur*, quibus verbis ostendit *Papinianus* admittere se quod *Neratius*, & *Julianus* dixerant, & aperta Ratione illud confirmare; quoniam actio ex stipulatu non competit adversùs fidejussotem per interitum rei jam liberatum.

6 Sed quidquid *Donellus*, & *Faber* sibi velint, illud certum, quod *Repetentes* antiquiores ità in hac re Ratiocinantur, ut velint interitu rei post moram, nec promissorem, nèc fidejussorem, ante moram verò utrumque liberare, sed quandoque principalem, tantum; non fidejussorem, cum scilicet is rem ipsam perimisset, quoniàm de dolo tunc tenebitur, ità *Jason* in *l. mora rei* 88. §. *si fidejussor in l. si fidejussor D. de dolo*, & sequaces ut

Arism. Tepata adnotavit *lib.* 1. *cap. de fidejuss. contra ctuum.*

7 At si fidejussor non quidem rem perimisset, sed tanquàm suam sibi vindicasset à promissore, qui ideò præstate eam non possit; quæri solet, an teneatur, & quidem cum verissima sint, quæ vulgò jactari solent, scil. fidejussorem ex sua fidejussione nullum sibi præjudicium inferre; Justè rem suam vendicasse constat; & ob id ad nihilum teneri concludunt *Cutellus de donat. inter patrem, & filium tract.* 1. *discursu primo par. unica num.* 559. *post Ludovisium in decis. Rota Romana* 384. *num.* 6.

8 Porrò si non fidejussor ut in specie *nostra legis*, sed Creditor principalis deliquisset, atque egisset, ut quod præstari oportebat, præstari non posset, non teneri isto casu fidejussorem æquissimum est, exemplo ejus, quod in cessione facienda per creditorem dici solet; nàm si Creditor efficit, ut adversùs Reum cedere non possit, fidejussor opposita exceptione Cedendarum adversùs ipsum tutus erit, ut notat *Rovitus cons.* 53. *num.* 6. post *Francum decis.* 426. ad quem *Luca ex Olcade cess. jurium* adversùs *Fabrum* disputat aliter sentientem. Cæterùm apud eundem *Rovitum in citato cons.* & apud *Altomarium* habes materiam de creditore, & an & quando cedere teneatur etiam contra seipsum.

9 Rursùs nec teneretur fidejussor, si Creditor cum ei præstari res promissa posset, deberetq; illam petere neglexisset, aut recipere; sed hoc secundum distinctionem in hac re adhibitam à *Gomezio variarum primo tit. de fidejussionibus*, & ab alijs sequutis à *Regente de Marinis resol.* 1. *cap.* 133. *num.* 13. Sicuti ut idem *de Marinis* monet *cap.* 136. nèc teneretur si fidejussisset pro eo, qui alterius officium exercens, eum posset ab hæredibus Domini ejusdem officij removeri, remotus non fuit; unde pristinum exercitium post mortem Domini, apud quem fidejussor intervenerat continuavit, non enim fidejussor hæredibus quoque, qui aut removere, aut de nova fidejussione sibi cavere debuerant tenebitur, ut admittunt *Salgad. in Labyrinto Creditor. par.* 2. *cap.* 28.

10 *num.* 73. *& Noguerolus alleg.* 21. quinimmò *Guazzinus* ad materiam adducit *Rota Romana decis.* in qua decisum fuit fidejussorem ejus, qui ad officium in aliquo banco fuerat admissus, si hic ab illo remotus ad majus officium traslatus fuerit, non ampliùs teneri, ut videre est apud *Rotam in Recentioribus tomo* 5. *decis.* 156.

11 His addunt plerique, quod si non hominis dandi, sed aliquid faciendi promissio fuisset, & pro ea fidejussor intervenisset, si totum fidejussor fecerit, ad hoc ut promissor factum præstaret, & ille non præstiterit, ad ampliùs non tenebitur, quamvis dixisset in scriptura fidejussionis, se teneri velle nec totum suum posse faciendo excusari, ità ex *l.* 2. *D. si quis cautionibus* firmant *Afflictus decis.* 295. *Capycius decis.* 93. *num.* 7. *Muscatellus in Praxi fi-*

12 *dejussoria par.* 1. *num.* 1. *modo* 19. nisi tamen & de proprio teneri se velle expressisset fidejussor, & insolidum se obligasset idem *Muscatellus ubi sup. num.* 6. *Ursillus ad Afflictum* ibidem *R. Consiliarius Staibanus resol.* 23. *nu.* 52. id quod & in alijs casibus contingit collectis à *Riccio collect.* 337. *ad l. cum apud D. Judicatum solvi.*

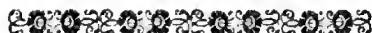
13 Sed transeamus à morte promissi hominis sequuta, ad illius status mutationem, & quidem si statum mutavit homo, & præstari ampliùs non possit, fidejussor liberabitur, dummodò ante moram mutatio status contigerit. Hinc si proponas Reum, qui promiserat se præsentare ad omnem ordinem Curiæ, fidejussorem dedisse, at postea hunc Reum alterius fori effectum. Respondent nostri ex hoc fidejussoriam obligationem extinctam fuisse, adeòque fidejussorem liberatum ex doctrina *Baldi in l. si filius D. de tut. & Rat. disti: Cardinalis in Clementina quest.* 9. *de censibus, Bossij de caus. fidejuss. commutt. num.* 42. *& Reg. de Marinis quotid. resol. lib.* 1. *cap.* 133. *nu.* 11.

14 qui id ipsum affirmant, si Reus ob aliud delictum bannitus fuerit, aut ad fugam adactus post *Speculatorem, Gabrielium, Angelum, & Albericum*, quibus novissimè assentiuntur *Foller. in fragmentis Prax. crim. num.* 254 *& Julius Clarus in §. fin. quæst.* 46. *num.* 22.

15 Insuper & illud quoq; adnotandū est, adeò multum interesse quod mora cōtracta fuerit, ut cum aliàs fidejussor à Reo principali petere non possit, ut à fidejussione eximatur tamen contracta mora rectissimè id petet, ut affirmant *Afflictus decis.* 24. *num.* 4. *& Ursillus ibidem, nec non Rota Romana in decis.* editis post *Cencium de censibus decis.* 148.

16 Quid autem dicendum sit in quæstione illa, an fidejussor liberetur contractu existente nullo adhùc apud nostros non constat, quamquam melioris notæ *Pragmaticis* visum sit distinguendum esse contractum à principio nullum ab eo, qui eū constitisset à principio tandem nullus redditus fuit; nàm in hoc secundo datum fidejussorem etiam stante nullitate teneri volunt ex *Rota Romanæ decis. apud Riccium collect.* 1445. *par.* 4. At in primo, scil. nullo à principio non item *Hartamanus decis.* 5. *de fidejussionibus, Gaitus de credito quæstio* 2. *num.* 1967. *tit.* 7. quanquam & hoc, Quidam multis limitant modis, præcipuè si adsit juramentum in contractu, vel si fidejussor tanquam principalis se obligasset, ut videre est apud *Gaitum*, & *Riccium locis citatis*, & *collect.* 3936. *par.* 1.

CA-



CAPVT XIII.

De expositione legis si extraneus 33. D.de jure dotium,& l.Nesennius 41. D.de re judicata.

SVMMARIVM.

1 *Exceptio ut non teneatur nisi in quantum facere potest competit donatori.*
2 *Sed illam opponere poterit tantummodo adversus eum cui donavit.*
3 *Quæ sit species illa de qua in l.Nesennius.*
4 *Adversus hanc l.Nesen. videtur esse l.si extraneus 33.D.de jure dotium.*
5 *Fabri conciliatio.*
6 *Vetus illa, & a Jacobo de Arena mutuò sumpta.*
7 *Impugnatur.*
8 *Nostra Conciliatio.*
9 *Probatur ex verbis text.*
10 *Et ex Autoritate Græcorum in Basilicis.*
11 *Pragmatici admittunt Superiorem Regulam ex D. Pij Constitutione.*
12 *Marito non imputandum quod solidum non exegerit.*
13 *De distinctione facienda inter personam cui debeatur reverentia, & alios.*
14 *Reijcitur distinctio.*
15 *Quid si conveniatur Donaturus Mulieri tantum.*
16 *Quid si Donaturus & Viro.*
17 *Dotans, & si donaturus, de evictione tenetur.*
18 *De nomine in dotem dato ejusve evictione.*
19 *De periculo ipsius Nominis.*
20 *De retrocessione Nominis non exacti à mariti heredibus facienda.*

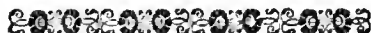
1 EXceptionem ex rescripto *D. Pij* quo cautum est, ne qui ex propria liberalitate conveniuntur ultrà quam facere possunt teneantur *l.Divus* 28. *D.de reg. Juris.* constat opponere posse eos tantùm, qui largitatem exercuère, atque illis tantùm opponere, in quos eam exercuissent: Unde ipsam ab interpretibus inter personales exceptiones enu-
2 meratam notissimum est. Hinc si cum Primus mihi donare vellet, ego Secundo donaturus, egero, ut ille Primus huic Secundo stipulanti promittat, aut si ego hujus secundi debitor sim, & fecerim, ut Primus mihi donaturus, me delegante, eidem Secundo promittat, in his casibus Primus semper ad solidum tenebitur; nam exceptionem non poterit Secundo qui nullam ab eo largitionem consecutus est, opponere; atque hoc est, quod respondit J. Consultus in *l. qui id quod §.ult.D.de donationibus.*
3 Nec dissimilis à propositis, species illa est, in qua quis mulieri donaturus dotem marito promisit, ut affirmat *Paulus in l.Nesen.Apollinaris* 41. *D.de re judicata,* qui eandem apertis verbis cum superiore conjungit, ibi, *cui similis est maritus maximè si constante matrimonio petat.*
4 Sed in oppositum videtur facere, quod ex *Juliano*, & *Sabino Vlpianus* Respondet *in l. si extraneus* 33.*de jure dotium*, dùm ait, quòd si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus imputabitur marito, cur eum non convenerit, *maximè si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat*: ità innuens, quod si ex voluntate promisisset, scilicet mulieri donaturus, utique periculum illud maritus non præstaret, quoniàm convenire, & adigere eum ad solvendum non tenebatur.
5 Neque à *Fabro* hic proposita conciliatio, quod ponendum sit *Vlpianum* loqui de eo, qui nedum mulieri, sed & marito donaturus dotem promiserat; Ideòque nec à ma-
6 rito, qui & Donatarius est ad solidum adigi poterat, recipienda est; nàm quamquàm vetus illa sit, & jam olim à *Jacobo de Arena*, *Imola*, & *Alexandro* adducta, à quibus mutuò sumpsit *Faber*: non bene cum Juris ratione convenit, & cum J. Consulti verbis; siquidè, primò vix inveniri poterit quā nā in maritum conferat largitionem, is qui mulierem dotat, atque id, quod dat, aut promittit, mulieris esse vult eique in dotem adquiri. Secūdò esto, quod quædam largitio fuerit respectu mariti, & tale quale beneficium; adeò tamen exiguum illud est, ut privilegium
7 *D.Pij* non mereatur. Tertiò, quia cum Juris Consultus varios distinguat casus, & inter hos illum tractet, in quo quis mulieri donaturus dotem marito promiserit, & adijciat (*acquiri etiam mulieri accipiemus, ad quem Rei commodum respicit*) jam satis innuit, soli mulieri factam fuisse donationem, non etiam marito; nàm si marito fuisset facta, ut ponit *Faber*, acquiri eidem etiam dixisset, ejusvè etiam periculo esse.
8 Igitur pro horum Responsorum conciliatione observandum foret, aliud esse, si quæratur, utrum is, qui dotem promisit marito uxori donaturus, possit ad solidum à marito adigi: aliud si quæratur an maritus teneatur solidum exigere, atque ad illud dotantem adigere: adeò, ut nisi adigat suo periculo id faciat; & sanè ad primum quæsitum Respondendum erit, teneri dotantem ad solidum, nec beneficio *D.Pij* uti posse, & ad solutionē

ſolidi poſſe à marito cogi, licèt ipſe mulieri
donaturus promiſiſſet; quoniam maritus eſt,
qui adversùs eum agit, non mulier donata-
ria. Ad ſecundum verò Reſpondendum non
teneri maritum præcisè ad ſolidum adigere
Dotantem, ſi agere urbanè cum eo velit: ſciēs
donationis cauſa obligatum, & quod (licèt
non ipſi) uxori tamèn ſuæ donavit. hinc pe-
riculum maritus non ſubit, poteritque oppo-
nere, quod, etſi uxor ſua egiſſet adhùc ad ſo-
lidum dotantem non condemnaſſet, ut J. C.
9 ratiocinatur in *d.l.ſi extraneus*, cujus verbum
illud (*condemnaret*) rectè *Cujacius obſer.* 12.
cap. 17. de muliere explicavit; nàm de ea ex-
plicandū illud contextus convincit; quamvis
cauſetur *Faber*, nullam in rex. de marito eſſe
mentionem: non videns J. C. de marito lo-
quentem illum excuſare, quod non fecit id,
10 quod uxor ipſa agens, facere non valuiſſet. Et
proindè attentè *Græci libro Baſilicorum* 29.
tit. 1. *de jure dotium cap.* 29. ſic vertère *ſi extra-
neus, qui dotem promiſit lapſus ſit facultatibus,
mariti periculo eſt, quod cum non convenerit,
niſi donandi gratia promiſerit, tùnc enim mari-
to parcimus, qui eum non præcipitaverit ad ſo-
lutionem, qui donaverat; nam & qui ex cauſa
donationis conveniuntur in quantum facere
poſſunt, condemnantur. Sive igitur quis do-
naturus dotem promiſerit, ſive pater puellæ de
ſuo, ſive ipſa*; periculum *inopiæ ipſam reſpicit:
quòd ſi debitor promiſit, vir periculum præſtat.*
11 Sed Noſtri ità in hac re progrediuntur, ut
Primò pro certo habeant, atque ideò pro Re-
gula ſtatuant; quod is, qui ex propria libera-
litate convenitur, non tenetur, niſi in quan-
tum facere poteſt, ut paſſim Notant cum *Ro-
lando a Valle conſ.* 37. *n.* 19. *Tuſco in verbo do-
nator concl.* 715. *n.* 3. *Marant. conſ.* 30. *Coſta de
remed. ſubſid. remedio* 281. *n.* 11. *Colero dec.* 14
n. 8. *Giurba dec.* 45. *n.* 11. *Fontanella de pactis
nupt. Cl.* 7. *Gl.* 3. *par.* 11. *n.* 98. *Cevallos commun.
contra com. quæſt.* 477. *Cutello de donat. diſcur-
ſu* 3. *p.* 6. *num.* 128. Unde formulam propon-
dæ hujus exceptionis, in quantum quis facere
poteſt, proponunt cum *Aret. in §. appellatio
num.* 7. *inſt. de actibus, & Galterio in Praxi li-
quid. inſtr. p.* 2. *ſub Rubr. & advertet inſuper
ad perſonam debitoris.*
12 Affirmant deinde ex ſupra dicta Regula de-
ſcendere, quod non imputandum ſit mari-
to, ſi eum qui ex liberalitate dotem promiſe-
rat non uſque ad ſolidum exegit; ut in citata
l. ſi extraneus 34. docuerat *Baldus, & No-
vellus de dote par.* 12. *n.* 4. *Odofredus de dote
13 num.* 77. & alij; ſed quamvis velint, quod
marito nō imputetur, quod noluerit ad ſolidū
convenire dotātem. Si tamèn quæratur ab eis,
an volens potuiſſet, ſolent diſtinguere inter
extraneum, & perſonam conjunctam, cuique
reverentia debeatur; & extraneam quidem
potuiſſe non item conjunctam perſonam ad
ſolidum cogere concludunt cum *Gl. in l. Ne-
ſennius verſ. in ſolidum D. de re judicata, Ma-
ranta conſ.* 30. *Giurba ad conſuet. cap.* 13. *Gl.* 6
num. 1. adducti à *Cutello* ubi ſuprà *num.* 128.
14 Sed qui ità Reſpondent toto errare Cœlo,
conſtat ex eo, quod dum extraneos volunt ad
ſolidum cogi poſſe, liberalitatem *D. Pij* impu-
gnant, & ſuprà ab eis poſitam Regulam de-
ſtruunt, & dum nolunt, ut conjuncti poſſint
cogere eos quibus reverentia debetur, inanē,
& ſupervacaneam ejuſdem *D. Pij* proviſionē
reddunt quoniam & citrà eam, hi quibus re-
verentia debetur jàm ſecuri ſunt, & non niſi
in quantum facere poſſunt tenentur, unde
ad Imperialem beneficientiā recurrere opus
non habent. Sicque eo devenit prædictorum
Pragmaticorum aſſertio, & diſtinctio, ut *D.
Pij* proviſionem famigeratam omninò ſub-
vertant; nam aut is, qui convenitur, extra-
neus eſt, & non poteſt ea uti, aut conjun-
ctus eaque perſona cui reverentia debeatur, &
opus illa non habet.
15 Quòd ſi is qui dotavit non ex liberalitate
dotaſſet, ſed ex neceſſitate, aut ex liberalita-
te quidem, ſed non in eum collata, qui illum
convenit in judicio, ſcil. ſi fuiſſet mulieris de-
bitor, aut illi donaturus, & marito promiſiſſet,
in his caſibus fatentur communitèr DD. ex-
ceptionem non obſtare, nec poſſe proponi, &
quidem non à debitore, quoniam debitor eſt,
neq; ex liberalitate cōvenitur, & nō ab eo, qui
mulieri donavit nā non ab illa, ſed à marito
convenitur, & regulariter dici ſolet; quod ex-
ceptio, quæ noceret Deleganti, non nocebit
Delegatario *Bart. Caſtren. Alex. Iaſon,* & Cæ-
teri ad hanc *l. Neſen. D. de re judicata, Guttie-
rez reſol. p.* 3. *c.* 15. *n.* 19. Cæterum in debitore
dotante, id quod dicitur, illius periculū mari-
ti eſſe (adnotant *Græci Scoliaſtes ad Baſilicorū
lib. E.* Caput ſupra adductū) *id non temere, & in-
diſtinctè accipiendū, ſed dicendum inopiam de-
bitoris qui dotem promiſit periculo viri eſſe,
quando promiſſio, vel poſt nuptias contractas fa-
cta eſt eum, & cum maritus convenire poterat:
vel ante nuptias promiſiſſet, poſt nuptias autem
cum adhùc in facultatibus eſſet & a marito cō-
veniri poſſet lapſum facultatibus eſſe. Nā ſi an-
te nuptias defectus ſit facultatibus non imputa-
bitur marito: nuptijs enim nondū ſequutis con-
venire eum non poterat, ut Vlpianus docere oc-
cupavit digeſtorum* 21. *hujus tituli.*
16 At ſi Dotans, id egit, donaturus quidem
uxori, ſed & viro quoque donaturus, ut cre-
diderat *Faber* in *Vlpiani* ſpecie eveniſſe. Is
certè ad ſolidum nō tenebitur etiàm ex Prag-
maticorum ſententia; de qua *Ferrerius* ſu-
per *Cōſtit. Catalauniæ in Conſtit. hoc noſtro tem-
pore* 3. *decl.* 1. *n.* 255. *ſeq.* quem, & laudat *Cu-
tellus*, ubi ſuprà.

17 Vl-

17 Vlterius quamquàm is, qui donaturus dotavit non ultrà id, quod facere potest teneatur, tenetur tamèn de evictione, atque in hoc deterioris conditionis est aliorum donatium ut advertit *Cutellus discursu 1. speciale 29.*

18 Sed quia ad id, quod de debitore dotante dictum est, quæri solet, quid dicendum, si debitoris Nomen in dote fuerit datum, an scil. dotans de evictione illius teneatur, & an periculum illius ad virum, an verò ad uxorem pertineat? ideo ut rectè ad propositam quæstionem Respondeant Nostri, plura ex facto petenda, eaque pensitanda quoties casus acciderit volunt, ut videre est apud *Reg. de Marinis quotid. 1. cap. 91. Reg. Consil. Staibaanum resol. 35. & in obser. 69.* Item *Reg. Galeot. cont. lib. 1. con. 32. & Oleam de cessione iurium tit. 5. q. 12.* Sicuti quid dicendum de retrocessione, & renunciatione facienda à mariti hæredibus Nominis in dotem recepti, & non exacti, videre est de *Franch. dec. 108.* & ad eum Luca, & addentes.



CAPVT XIV.

Ad l. ficut 21. D. de re judicata.

SVMMARIVM.

1 *De socero an teneatur in solidum videtur dissensisse J. Consultos.*
2 *Accursij Conciliatio.*
3 *Altera Costalij, & Connani.*
4 *Faber horum sententiæ accedit.*
5 *Sed non rectè.*
6 *Reicitur Fabriana emendatio idue pluribus ex causis.*
7 *Quid velint interpetres veteres in præsenti, quidve Pragmatici.*
8 *Socer utetur hoc beneficio ne teneatur insolidum, & si renunciaſset.*
9 *Nam etiam stante renunciatione est securus districtione personali.*
10 *Sed non socer dolosus.*
11 *Socer in terminis Consuet. Neapolitana adigitur ad solidum.*
12 *Quando non imputatur marito quod non exegerit.*
13 *Hæc exceptio non obstat secundo viro repetenti dotem à patre prioris viri.*
14 *Nec competit adversus extraneum repetentem dotem.*
15 *Pater tenetur ad restitutionem dotis si eam suo consensu soluta fuerit filio.*
16 *Filius non tenetur è contra, & si cum suo consensu dos soluta sit patri.*
17 *In assecuratione mulier aget tantum adversus illum qui vergit ad inopiam.*
18 *Maritus licet non teneatur ad solidum in restituenda dote.*
19 *Neque in solvendo antephato in casibus, quibus vivus præstare cogitur.*
20 *Tenebitur tamen si potest suis operibus se alere.*

1 TRactatui Superiori de extraneo dotante, affinis est præsens de socero, qui dotavit, & in hoc etiam quæri solet, utrum ad solidum, an verò in quantùm facere potest socer teneatur? sed plerique putant in Responsione ad quesitum dissentisse Juris Consultos siquidem cum socer à Nuru conveniebatur quandoque responsum est, non ad aliud cōdemnandum, nisi in quantum facere potest *in l. rei judicatæ §. socero D. soluto matrim.* & in *l. sicut autem D. de re judicata* uti cum conveniretur uxoris pater à genero in *l. si ex diverso D. soluto matrim.* Quandoque verò ex opposito, & ad solidum damnandum esse socerum Responsum in *l. sicut 21. D. de re judicata.*

2 At qui dissentijsse volunt J.C. varias afferunt conciliationes, quas Genoa colligit in suis *legum conciliationibus* quamquàm frequentius visum sit distinguendū esse cum Accursio, an agatur constante matrimonio, an verò matrimonio iàm soluto; & quidem conventus socer constante matrimonio non ultra tenebitur quam facere possit, nam ità reverentia ei debita convincit: Sed si soluto matrimonio in judicium vocetur, quoniàm non ampliùs affinitas consistit ea soluta poterit adigi usque ad solidum, atque hoc esse dicunt Nostri, quod præferunt responsa *Pomponij in l. sed hoc D. de re judicata, & Labeonis in l. si de dote vers. Cæterùm D. de jure dotium.*

3 Sed alijs à recepta hac conciliatione recedere visum est, ideoq; post *Connanum lib. 8. comment. cap. 9. & Petrum Costalium ad l. penult. D. de jure dotium*, statuerunt socerum universaliter non teneri, nisi inquantum facere potest, tàm si constante, quàm si soluto jàm matrimonio conveniatur: Sed hoc beneficio indignum se facere subijciunt, si dolosè versatus fuerit, atque ad hunc casum specialem *Pauli* responsum pertinere dictitant.

4 Horum autem sententiam *Faber* in præsēti capite sequi voluit, & primò *Duarenum* reprehendit *sub n. 4.* quod coniungendum voluit utrumque *Pauli* Responsum, atque alterum ab altero explicandum quasi non unum ex libris ad Sabinum, alterum ex *libris ad Plautium* desumptum fuisset; deinde ait teneri socerum ad solidum dumtaxat in eo casu

casu in quo in dolo versatus fuerit.

5 Verùm enimverò, quo ad hujusmodi conciliationem attinet patum illa ad *Paulum* accomodatur; indistinctè enim ipse loquitur, atque casus omnes, & sivè dolo versatus, sivè non socer fuerit complectitur; hinc aliā excogitandam esse, Meliores fatentur. Et Nos præstare conati fuimus in *suspicionum libris*, unde petat, qui volet.

6 Interim hic advertendum putamus, quod nullo modo recipienda erit proposita à *Fabro* emendatio in hac præsenti conjectura sub *num*.5. nèc legi apud *Vlpianum* in citata *l.sicut* 21. *D. de re judicata* (*sed alio, & alio jure utimur*) siquidem Primò hanc admittendo emendationem, & lectionem planè ineptum reddemus J. Consultum, qui nesciat quid est quod Respondeat, sed incertus, & vagus sit, & tamèn Respondeat id, quod apud eum adhùc non constat. Secundò coincidet sententia hujus lectionis cum conciliatione *Duareni*; cum tamèn paulò antè hanc ipsam idem *Faber* improbaverit. Tertiò hæc lectio in incertùm relinquit quid dicendum sit atq; Responsum ipsum frustratoriū reddit. Quartò insolentem, & inusitatum modum continet Respondendi ad propositas quæstiones, qualis numquàm apud Juris Consultos fuit, & nunquam si talis fuisset à *Tribon*. ità relictus relatusque apparet.

7 Itaque, si apud *Fabrū* non invenimus quid dicendum sit in hac re; Pragmaticos nostros interrogemus, quid sentiant? & hi statim respondent suos sequutos Interpretes, quod cum socer convenitur, Regula pro illo stat, ut non teneatur ultra quam facere possit; ità *Campegius de dote p.2.qu.*250.*de Amatis decis. Marchia* 16.*n.*1. *Mathæus Brunus de cessione bonorum p.*4.*q.*22. *Barbosa ad l.si marito D.soluto matrimonio. Francus dec.*164.ubi Luca, & addentes advertunt id procedere cum Nurus eum convenit pro dotis restitutione, non item cum Gener pro solutione.

8 Ampliant etiam ijdem Authores Regulam allatam, etiam si socer huic beneficio renunciasset, vel in specie, vel generaliter renunciando omni legum auxilio; nàm renunciationem non adeò esse efficacem volunt, ut socerū miserabili hoc beneficio spoliet *Francus d.dec.n.*76. *et Ricc.in addit.ad dec.*162.quamvis de *Luca* aliter credat post *Barbos.in l.maritum num.*68.*D.sol.matr.* quibus opponitur quod etiam facta renunciatio ad illud non porrigitur ex tex. in *l.alia* §. *eleganter D.sol. matrim.* & ex doctrina *Afflict.decis.*222.*n.*1. Ampliant quoque, etsi cum juramento renunciasset; nàm obtenta à juramento absolutione, adhùc non tenebitur, nisi in quantū facere potest *Amendola* in additione ad *Frācum*, ubi suprà *nu.*9. *Capppella Tolosana decis.* 259. *Minadous dec.*2. quod olim *Bart.* inter sua singularia retulerat *Singul.*126. Nàm in

9 casu huic simili de soceto, qui renunciavit beneficio. *Autentica* hoc nisi *C.de solut.* sive, ut nostri loquuntur beneficio cedendi bona, eaque dandi in solutum creditori, adhùc receptum esse volunt, ut renunciatione non obstante socer securus sit districtione personali; at proindè bona cedere valeat, vide *Tesaurū dec.*153.*n.*13. *Minadoum*, ubi suprà *Molfes. par.*6. *quæst.*9. *& sequ. num.*4. *& in addit.*

10 Fatentur tamen Omnes unanimitèr, quæ dicta sunt locum non habere; primò si dolo versatum socerum fuisse appareat. *Francus* ubi suprà *Gaspar Tesaurus in addit.ad dec.*119 *Pascalis de Patria potest.p.*2.*c.*6.*n.*25. secundò in hac *Civitate Neapolitana*, ejusque destrictu, stante in ea expressa Consuetudine in scriptis redacta, qua cautum est, dotem in solidum

11 exigi posse, ut *in cōsuet.*quę incipit, *ubi dos* expressè habetur *sub tit.de jure dotium*, & latè declarāt Commentatores eū *Neapodano* ibidem, & cum *Vrsillo post Afflictum dec.*222. & *Frāco dec.*366.ubi ideo posse maritū adversus socerum liquidare instrumentum concludit, & Tertiò denique in quibusdam alijs casibus, de quibus Pragmatici post *Aretinum in l.non factum D.de re judicata.*

12 Ex his autem deducunt plerique primò, quòd mariti periculo non erit, si socer ab eo non coactus tandè facultatibus defectus sit, ut sentire visus est post quosdam ex antiquis Noster Præses de *Franchis dec.*424. & ante eū *Afflictus dec.*241.& alij sentire visi sunt, faciuntque pro eorum sententia nedum tex. in adducta *l.si extraneus D.de jure dotium*, sed ratio illa, quod mulier non potest imputare marito quod patrem non vrxerit; hinc disertissimus, & Meritò Regum Advocatus Ioannes B. *de Luca* quem Alter *de Luca* sequitur *in obser.ad Franc. dec.*424. nimis durè videtur tam eximiam diligētiam in marito desiderasse, & si bonorum uxoris administrator sit, quoniam aut non justè adversùs patrem suum uxor tam diligētè maritum exquirit, aut si exquisierit, quod non talis fuerit queri non debet; licet aliud dicerem si hæredes soceri maritus convenire debuisset, cum *Visconte* in adirione ad *Francum*.

13 Deducunt secundò, quòd cum beneficium, quod soceto competit fundetur in ei debita reverentia, non poterit opponi marito, qui adversus socerum uxoris suæ agat pro dote ab eadem uxore primo viro, & ejusdem soceri filio data; nàm quamvis uxor olim Nurus dicto socero convento fuerit, ipse tamèn secundus vir nullam illi reverentiam debet, atque ità ratiocinantur Practici authoritate *Gl. & Repetentium in l.si prior D.solut. matrimonio Jasonis, & Herculani in l. Nesennius*

nius D. de re judicata, & similium adductorum à *Toro in compendio par. 1. in ver. donatio facta per filium familias Socero in fin. versiculi, sed hallucinatur*: quo in loco tractat etiam de remissione fructuum dotis Socero facta.

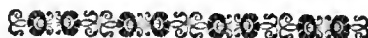
14 Tertiò deducunt id ipsum dicendum esse scil. non juvare beneficium, nec opponi posse, si is, qui pro dote convenitur restituenda non à Genero, aut Nuru, sed ab extraneo, (cui per pactum, aut alio modo dos qualita foret eique solvenda) conveniretur, ut *Pascalis* advertit *de viribus patriæ potestatis cap. 9. nu. 29.* & sequaces.

15 Porrò, & illud apud omnes constat, quod cum dos quæ à muliere datur patri potiùs, quàm filio, & si hic maritus, solvenda sit, cum Pater ille sit, qui ad dotis acceptæ à filio restitutionem tenetur, ut ex *l. si cum dotem §. transgrediamur D. soluto matrimonio* docent ibidem *Doctores* omnes, sicut & Nostri ex *Consuetudine Neapolitana sub tit. de jure dotium*, & *ex Napodano* alijsque addentibus ibi-

16 dem: Si contrà horum Jurium præscripta, dos filio idest marito soluta fuerit, sciente patre, adhùc Pater ipse tenebitur pro restitutione, ad eamque urgetur; quoniàm consensu suo dos filio soluta est, ut tradunt *Cornens cons. 158. lib. 1. Barbosa latè ad legem si cum dotem §. transgrediamur D. solut. matrim. Osasches decis. 44. Mastrillus decis. 46. & Fontanella de pactis nuptialibus tom. 2. claus. 7. Glossa 3. par. 12. num. 56. & par. 13. num. 36.* quod non evenit, è contrà si dos, ut debuit, Patri fuerit soluta; nàm maritus non tenebitur, etiam si præsens fuerit, cum dos Patri traderetur; ideòque in hoc casu in bonis mariti Creditoribus ipsius, non uxori pro dote erint satisfaciendū, ut advertunt *Gaspar Tesaurus lib. 3. quæst. forens. cap. 68. Surdus decis. 47. Milanensis decis. 19. & Regens de Marinis quotid. 1. cap. 49.*

17 Cæterùm si mulier non contenta juris dispositione per pacta, & conventiones sibi cautum voluerit, & pactum quoque fecerit, ut tàm ob urgentiam viri, quàm soceri ad inopiam possit pro sua dote assicurationem petere juxtà terminos *l. si constante D. soluto matrimonio*; quamvis id possit alterutro vergente in vim pacti facti, non poterit tamèn agere adversùs utrumque, sed tàtùm cōtrà illum ejusve bona, qui decoxerit, ut ex *Bart. Jasone, Ripa in d. l. si constante*, docent *Fabius de Anna cons. 63. in fine, Gaillus obser. 83. num. 6. lib. 2. Puteus decis. 264. num. 2. lib. 3. Fontanella tomo 2. claus. 7. Glossa 2. par. 4. num. 69. & de Marinis ubi sup.*

Denique, & illud quoque Nostri adnotant, quod etsi maritus ab uxore in restitutionis casibus conveniri non possit, neque damnari, nisi in quantum facere potest *l. sicut D. de re judicata*, & notant *Practici* cum de *Angelis ad Gizzarellum decis. 50.* post *Barzium decis. 56. num. 19. Matesilanum*, & alios, id quod ad solutionem antephati porrexit *Riccius coll. 1459. & Mastrillus decis. 93.* & similes cum quibus *Barbosa in d. l. post dotem*, & passim: attamèn si maritus eorum unus sit, qui operari, & suis operibus, & industria victum sibi acquirere queat, poterit ad solidum adigi, & beneficio privari *Doctores in l. si maritus D. soluto matrimonio, Amanellis inter singul. diversorum singul. 188.*



CAPVT XV.

De quæstione, & sententia l. si Sticcum 16. D. de verborum O. l. qui decem §. Sticcum D. de solutionib. l. Mevius 66. §. duorum D. de legatis 2.

SVMMARIVM.

1 *Verba l. qui decem 72. §. Sticcum.*
2 *Verba l. Mevius 66. §. duorum.*
3 *Plures ex interpretibus antynomiam conciliare nituntur.*
4 *Sed desperatam eam existimat Faber.*
5 *Male Faber reprahendit Accursium.*
6 *Pragmaticorum opinio.*
7 *In obligatione generali non venit res de qua contrahitur.*
8 *Nec ipsa corpora pecunia mutuatæ.*
9 *In obligatione veniunt bona aliena possessa bona fide.*
10 *Et pignus consistet in jure illo quod possessor habet.*
11 *Quid si res tandem pervenerit ad debitorum pignorantem in pleno dominio.*
12 *Ex aquitate venient sub hypotheca generali, & bona quoque illa quæ aliena tempore pignorationis tandem sub dominio debitoris pervenerunt.*

1 Maximam agnoscunt Antynomiam interpretes omnes in quæstione illa, quā tractant *Marcellus in l. qui decem 72. §. Sticcum D. de solutionibus*, & *Papinianus in l. Mevius 66. §. duorum D. de leg. 2.* Siquidem *Marcellus* respondit *Sticcum, aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset mens Pamphilus, nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando, neutrum enim videtur in Pamphilo homine constituisse, nec obligatio, nec solutio; sed ei, qui hominem dare stipulatus est: unum etiam ex his, qui tùnc stipulatori servierat dando*

do promissor liberabitur vi quidem ipsa, & hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erat. Fingamus ità stipulatum hominem ex his, quos Sempronius reliquit dare spondes. Cum tres Sempronius reliquisset eorumque aliquem stipulatoris fuisset, num mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio videamus; & magis est desinere stipulationem, nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris.

2 At *Papinianus* contrà in citata *l. Mevius 66. §.duos* profert, *duorum testamentis pars fundi, quæ Mevij est Titio legata est non ineleganter probatum est. ab uno hærede soluta parte fundi, quæ Mevij fuit ex alio testamento liberationem obtingere, neque post ea parte alienata revocari actionem semel extinctam; sed si pars fundi simpliciter, non quæ Mevij fuit legetur, solutio prior non perimit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter hæres solvere.*

3 Non desunt tamèn, qui & si ut supra dictũ est, maximam esse dissentionem agnoscant, de ea concilianda laborent, quinimmò sunt, & qui se assequutos conciliationem J. Consultorum jactent, aut cum *Jacobo Cujacio obser. 14. cap. 20.* emendata litera citatæ *l. Mevius*, aut cum *Barnaba Brissonio lib. 1. de solutionibus*, emendata potiùs litera *l. is qui decem §. Sticcum de solut.* aut cum *Bacovio* ad *Treutlerum volum. 2. disput. 29. Thesi 3. lit. E.* aut denique cum *Bartholomæo Chesio interpretationum Juris cap. 50. num. 12.* post quos doctissimos Viros, & nos aliqua attulimus *Suspicionum libris*.

4 Verùm *Faber* hic desperatam esse antynomiam contendit, & postquam pleraque, sed obvia ad *Marcelli* in citata *l. qui decem* Replicationem attulerit, tandèm contrà *Marcellum* ipsum sentijsse *Papinianum* concludit, unde in proposita quæstione dissentijsse Juris Consultos asseverat, ut & *Accursius* olim asseveraverat.

Sed quoniam, verum ne id sit, an falsum pendeat ex conciliationibus ab interpretibus propositis, nàm cum quis unam, aut alteram earum admiserit, aut cum quis novam aliam excogitaverit, is statim quàm malè *Faber* hic desperet, ostendet; nos alia nulla dissertatione opus esse credimus, quam ut in reconciliandis responsis, quod certè fieri potest solliciti simus.

5 Sed illud interea animadvertendum volumus, quod malè idem *Faber sub num. 2. Accursium* repræhendens existimet, non esse audiendum promissorem servi qui jam ad stipulatorem pervenit, ideòque solvi ab ipso nequit, si æstimationem præstare velit; nàm quinimmò audiendum esse, & admittendam oblationem æstimationis ex juris principijs concluditur juxta *textum in l. plerumque in fine D. de jure dotium*: habet enim promissor hoc beneficium, quod cum rem promissam præstare nequeat, æstimationem illius solvere possit: hoc autem beneficium absque ullo suo facto ab eo auferri injustum est, ut benè *Accursius* notavit, & post eum *Hugo Donellus in comment. ad d. l. Sticcum D. de verborum obligationibus.*

6 Cæterùm in materia harum legum, videtur convenisse inter *Neotericos*, & *Pragmaticos*, nàm & hi circa citatum *§. qui Sticcum l. qui decem, D. de solutionibus*, passim admittunt in alternativa obligatione, quod res illa quæ in ea non cadit, ne in solutione quidẽ venire potest, quod tamèn non ità est in obligatione generis; nàm in hac quoniam, ut ipsi dicunt, facultatem habet promissor, dandi incertum de certis, uno extante, obligatio reducitur ad certificationem, atque ita ratiocinantur cum *Bartolo*, & *Baldo*, alijsque repetentibus *in comment. ad citatas leges.*

Eodem etiam modo convenit circa *cit. l. Mevius*, nàm concorditèr in Regulam deducunt, quod duæ causæ lucrativæ insimùl concurrere non possunt, ideòque eadem res ex duobus testamentis legata eidem pro una vice solvetur, ut post eosdem *Bartolum*, & *Baldum* notat *Mozius in tract. de contractibus tit. de stipulat. Rubr. de stipulationis sub divisione num. 11.*

7 Rursùs, & quod in citatis Juribus asseritur in obligatione scil. promissoris non cadere res, aut servos illos, qui tùnc cum stipularetur ejusdem stipulatoris erant, porrigunt Nostri ad non dissimiles species, & idem affirmandum in illis volunt.

Nam ecce si quis super re aliquã cõtrahat, & pro exequutione contractus omnia bona obliget in hac obligatione res ipsa, de qua contrahitur non veniet, ut probant ex *l. cum taberna, §. fin. D. de pignoribus*, & ex traditis à *Bartolo*, *Riccardo de Malumbre*, & similibus in *l. in obligat. D. de pign. Neguzant. in 2. membro secundæ partis num. 12. Romano singul. 611.* & si reclamant plerique ex ejusdem *Bart.* doctrina in *l. emptoris C. locati*, & *Imola in l. si filio §. fin. D. soluto matrim.*

8 Hinc si quis ei, à quo mille aureos mutuo accepit, omnia bona sua pignore dederit, illa ipsa nummorum corpora mutuo accepta non venire sub pignore: ijdem, qui supra affirmant, & cum illis *Guido*, *Albericus*, & alij, ex quibus *Ludovicus Portius in singul. in verbo*
9 *obligatio, vers. quæ nam veniant*; Ex adverso licèt non veniant in obligatione generali hæc quæ diximus, in ea venient tamèn nedum bona propria promissoris, sed & ea, quæ licet aliena sint, bona tamèn fide ab eo possidentur; juxtà *l. si ab eo D. de pignor. l. in bonis*

D. de

D.de verbor.signific.l.certi C.de locati, ut notat *Portius* ubi supra; consistet itaq; pignus, si non super ipsa re, quæ aliena est, attamèn in eo Jure, quod debitor, tanquàm bonæ fidei possessor in ea re habet, ut *Neguzantius* declarat *de pignor.par. 2. membro 3.num.4. &*
11 *Gaitus de credito cap.4.quæst.7.num.*291. At si deindè ex bonæ fidei possessore, dominus ipse debitor fiat, quæri solet, utrum obligatio, quàm diximus valere in eo jure dumtaxàt quod possessor habebat; fiat valida in tota re, & placuit communitèr, distinguẽdum esse; utrum dominium rei nactus ipse debitor fuerit ex causa illius juris, quod à principio in re habebat, cum rem illam obligaverat, an verù ex nova, & alia causa superventa? & siquidem ex illo primo Jure affirmandum erit super tota re postea pignus cõsistere, sin autem ex nova causa, non item: ità ex *Bart. Neguzantio*, & alijs, adnotavit *Gai-*
12 *tus cap.4.quæsito 7. à n.*586. Quòd si res aliena nèc bona fide a debitore possideatur, nèc sub conditione illa (si tandèm sua erit) obligata fuerit pignori, sed simplicitèr, quamvis strictu jure pignus in ea non consistat: si tamèn tandem in dominium obligantis veniat, de æquitate receptum, ut sub hypotheca sit, & ita testantur *Pragmatici* omnes cum *Mantica de tacitis ambiguis tomo 1.lib.11.tit.4.nu.7. Rolando cons.49. lib.2. Mastrillo decis. 287. num.44.tit.3.*& similibus.

CAPUT XVI.

Ad §. ultimum l. si quis 4. D. de condit. institutionum.

SUMMARIUM.

1 *Responsum Ulpiani in l.si quis ita §.idem D.de condit.instit.*
2 *Ratio hujus Responsi ex Fabro.*
3 *Impugnatur.*
4 *Affertur exemplum similis Conditionis.*
5 *In Conditionibus quæ in non faciendo consistunt testator non exegit implementum ante aditionem.*
6 *Sed tamen exigit.*
7 *Non videtur præstari implementum posse nisi caveatur.*
8 *Quid Repetentes quidve Pragmatici.*
9 *Volunt cavendum si adsit cui caveatur aliàs rejiciendam conditionem.*
10 *Probatio quod conditio sit impleta incumbit affirmanti.*
11 *At non in Conditionibus negativis, cautione præstita.*
12 *Etiam in modo cavetur.*
13 *Quid dicendum de Conditionibus suspensivis, & resolutivis.*
14 *Uxor cui relictum legatum quousque lectum vidualem servaverit non cavebit secundum aliquorum sententiam.*
15 *Sed melius erit in hac re distinguere.*

1 Elegantèr quidem ex *Juliano Ulpianus* Respondit *in l.si quis ita §.idem Julianus D. de cond.instit.* Eum, qui ità institutus *si Servũ hæreditarium non alienaverit, si cohæredem habeat, cui caveat implere conditionem debere. Ceterùm si solus hæres scriptus sit sub impossibili*
2 *conditione hæredem institutum videri*. Sed quã habeat hoc responsum rationem in compertum est apud Interpretes, qui ideò ut assignẽt defatigantur. *Faber* autem hic tandèm sub *num.6.* illam proposuit, quod cum hæc conditio si Servum hæreditarium non manumiseris injuncta ei, qui ex asse fuit institutus non priùs impleri possit, quàm adita fuerit hæreditas; etenim ante aditionem manumittere, & proindè contravenire scriptus hæres non potest; opus erat, ut priùs hæreditas adiretur, quàm conditioni obtẽperatũ foret, atqui vice versa prius obtemperare oportebat scriptum hæredem conditioni, sub qua hæreditas data est, quam hæreditatẽ consequi: ergo pugnantia testator exegit, dum ità instituit, nam Conditionis implementum pro hæreditate consequenda ab instituto exigitur, nec Conditio impleri potest nisi hæreditas consequatur, & hinc impossibilis rejcienda conditio erit.

3 Sed huic *Fabriana* ratiocinationi statim opponitur, & aliud ejusdem *Ulpiani* Responsum in *l.Muciana 7. D.de condit. & demonstr.* Ex quo edocemur *Muciana* cautionis utilitatem in eo esse, quod cum hujusmodi conditiones, quæ in non faciendo consistunt, nõ priùs impleri possint, quàm fuerit hæreditas adita; nàm non priùs fieri potest, id quod fieri vetitum à testatore fuit; Et tamẽn oporteat has Conditiones implere scriptum hæredem, ut hæreditatem consequatur; inductũ fuit, præstatione *Muciana* cautionis id omne expediri; nàm hæres cavendo se non facturum, jam implevisse videbitur, & proindè adire poterit. Hoc autem ipsum cum exequendum fuisset in hac specie §. *idem Julianus l.4.* non fuerat judicanda impossibilis Conditio imposita ex *Fabriana* Ratiocinatione dum illi satisfactum fuißet præstando *Mucianam* cautionem, ut supra.

4 Rursùs si fingas impositam hanc conditionem à testatore (*si fundum, è familia non alienaveris, sed in eadem conservaveris*, Petam à *Fabro* impossibilis ne hujusmodi conditio sit existimanda, an non? certè Respondet

nequaquam esse impossibilem, quinimò esse passim admissam: atqui nec fundus alienari, nisi adita hæreditate potest, ut hæreditas nequoit adiri, nisi obtēperatum fuerit conditioni ergò ex *Fabriana* Ratiocinatione foret quoq; & hæc condirio impossibilis judicanda.

5 Ergò illud primò dicendum est, quod falsum sit, quod conditiones, quæ in non faciendo consistunt implendæ ab hærede sint, ut cæteræ potestativæ conditiones: antequā consequatur per aditionem hereditatem; siquidem credendum est id testatorem non exigere, quippè cum sciat hujusmodi conditionum naturam eam esse, ot non priùs impletæ dici possint, quam is, cui injunctæ fuerint, defunctus sit: si implementum earum ante aditionem exigeret, sequeretur mortem instituti expectandam eum velle, nèc priùs illum hæredem esse, quam mori inciperet. potiùs ergo dicendum, velle testatorem, ut hæres institutus hæres sit, & aditione hæreditatem consequatur, verum privetur ea, si posteà, quod ei veritum est facere, faciat, atque tunc hæreditatem io pœnam unà cum fructibus alteri restituat *l. Titio fundus l. hæres meus* 39. *D. de condit. & demonstr.*

6 Secundò hoc posito; quoniàm *Vlpianus* in specie *à Juliano* ptoposita cum eodem exigit, ut is cui imposita conditio fuit, cohæredem habeat; ut cum adire nequeat, nisi caveat, habeat cui cavere possit; dicendum erit, quod quamvis verum sit testatorem non exigere implementum conditionis, quæ in non faciendo consistat ante aditionem, exigere tamèn illud post aditionem; undè, cautione da-

7 ta, hoc se præstaturum hæredem promittere debebit; Hinc cū nisi caveat se impleturū, videatur nō impleturus, nec præstaturus oportebit eū omnino cavere; Cū vero & si paratus cavere nō invenit cui caveat, nàm testator cū ad hoc (dato cohærede) providere potuisset, noluit providere & si deberet: Quoniam tunc verum est caveri non posse, verum quoq; fiet non implendam esse conditionem adeoque tanquam impossibilem reijciendam: impossibilitas enim nascitur ex eo quod supponit J.C. non impletutum, qui non cavit; oec cavendum voluisse, ab eo quem instituit Testator dum non dedit illi cohæredem, aut substitutum cui caveat: unde his non datis cum impossibile sit cavere, fit impossibile quoque adimplere.

8 At Reperentes vulgares, & *Pragmatici* simpliciùs tem hanc ttactant, nec his subtilitatibus admodum deferunt; ideòque, priùs cum *Baldo* hic, & *ad l. fin. C. ad l. falcidiam* firmant Regulam, quod conditio negativa adiecta legato, vel institutioni suspensiva quidem sit, itàut emolumentum quis consequi nequeat, nisi cum adimpleat; attamèn præstando cautionem *Mucianam* adimplevisse videtur, ut notant *Menochius cōs.* 494. *num.* 2. & post innumeros fete *Castillus contr. lib.* 5. *p.* 2. *cap.* 109. *& Cæsar Manente cons.* 130. *num.* 2.

9 Deindè adijciūt, pro moderatione ad adductam Regulam; modò sit cui caveri possit, quique cautionem recipiat; alioquin si non sit, detracta conditione, pura censebitur dispositio ex *Bartol. Castrensis, Baldi, Cumani, Imola, & sequacium* traditis *ad l. Muciana D. de condit. & demon.* quibus sicut, & *Gl. in l. cum sub hac conditione D. eod. tit.* assentitut *Simon de Petris de interpretatione ult. vol. lib.* 5. *de interrogat.* 2. *dubit.* 1. *à n.* 23. quo in loco plura ad rem scribit, & casus exemplificat, in quibus reperiri non possit cui cavendum sit, ideòque conditio uti non adiecta habenda sit.

10 Tertiò Regulam alteram Nostri firmant ex citatis suprà juribus, quod quamvis aliquibus in casibus conditio pro impleta haberi soleat, de quibus *Menochius lib.* 4. *cap.* 182. attamèn regularitèr non præsumitur impleta; ideòqoe onus probandi ei iocumbit, qui id affirmat, ut idem *Menochius monet loco citato nu.* 8. Id, quod asserunt etiam si conditio negativa fuisset, si fundum non vendiderit, si servum non alienaverit, non manumiserit; nàm adhùc in hujusmodi conditionibus negativis onus probandi ejus esse, qui impletas eas dicat, volunt cum *Corneo, Soccino juniore, Decio Cravetta, & sequacibus*, quos tamèn

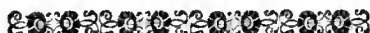
11 in hoc ultimo sequendos nollem, sed potiùs dicendum, quod si cautio Muciana fuerit præstita, non ei qui affirmat impletam, sed ei, qui negat onus probandi incumbet; nam, & cautio præstita id exposcit & factum ipsum; Siquidem qui negat impletam conditionem negativam, adversùs illam aliquid admissum aliquid factum affirmat, debet igitut assertionis suæ affirmativam afferre probationem; nam affirmativam probare faciliùs est quam negativam, quam probare oportetet, qui dicit non fecisse.

12 Porrò quod de conditione negativa dictū est, & ad Modum quoque negatiuum Nostri extendunt; ideòque & in modo cautionem exigunt *ex l. si cui* 7. *l. cum in testamento* 48. *D. de fideicomm. libert. l. si tibi legatum. D. de leg.* 3 cum *Gratiano*, qui alios citat *discept. cap.* 400. *num.* 17. redduntque rationem illam quod in casu inobservantiæ ità tevocator actus si non fuerir obsevatus modus, ac revocatetur si non fuisset impleta conditio de quo videas etiam *Revitum in suo cons.* 64. *n.* 11. *lib.* 1.

13 Quid aotem dicendum in conditionibos, quas suspensivas vocant; Item, & quid in illis quas resolutivas appellant, & quomodo hæ ab illis dignoscantur, quibusve coniecturis uten-

utendum sit ad testatoris voluntatem indagandam egregiè ad fori usum docet *R. Merlinus contr.cent.2.c.40.* ideoque adeundus.

14 Cæterùm cum species proponeretur de muliere cui à viro usufructus ad certos annos, idest quousque in viduitate permanserit, sivè ut Nostri loquuntur quousque lectum viduale servaverit, legatus fuerat, non teneri eam Mucianam cautionem præstare, affirmavit *Rota Romana in decisionibus impressis post Labyrintum creditorum Salgadi dec.50.nu.24.* quæ sequuta est doctrinam *Natta cons.459. n.17. Gratiani discept.forens.cap.696.num.10. Thomati dec.macerat.105.n.7. Barrij dec. Bononiensi 73.n.19.* & si ex Nostris sint plerique,
15 qui & rectiùs distinguendam hanc propositionem velint de cautione ab uxore nò præstanda, sequunturque *Merlinum* ubi suprà, qui attentiùs de hac materia tractavit.



CAPVT XVII.

De emendatione l.quod de Creditore 11. in fine D. de Negotijs gestis.

SVMMARIVM.

1 *Qui alieno nomine possident satisdant.*
2 *An, & his caveatur.*
3 *Creditori utilitatis causa cavetur.*
4 *Cur creditori caveatur, & non bonæ fidei possessoribus.*
5 *Sententia Fabri, & emendatio.*
6 *Respuitur.*
7 *Altera ab eodem Fabro proposita emendatio reicitur.*
8 *Pragmaticorum sententia.*
9 *Praxis petendæ cautionis.*
10 *Quomodo à sententia jubentis cavere appelletur.*
11 *Cautio extorqueri non debet.*
12 *Qui damnum passus est, etiam si cautum ei non fuerit interesse petet.*
13 *Quomodo interesse liquidari debeat.*
14 *Creditores debent exhibere heredi deliberanti adire Scripturas suorum creditorum.*
15 *Sicuti, & quicumque detentores rationum, & librorum defuncti.*
16 *At quorum expensis.*
17 *Et quarum scripturarum.*
18 *Nedum heredi, sed cuicumque petenti sunt exhibendæ scripturæ.*
19 *Nisi per calumniam, nisi petat, & non usurus, aut sciens quid in illis contineatur.*
20 *De expensis factis in litem ab herede cum inventario.*

1 PRætor ità edixerat, ut refert *Vlpianus in l. Prætor 7. D.de damno infecto* (*damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubeo ei, qui juraverit non calumniæ causa id se postulare,*) sed cum constaret superficiarios, Vsufructuarios, & Creditores satisdare quia alieno nomine, idest nomine Domini agunt *l. hoc amplius 9.§. quæsitum l.quamvis 10. l.si finita 15.§.si qua sint, & seq.D.de damno infe-
2 cto*, quæri cœpit, an & his vice versa caveri debeat, si vicini ædes ruinam minarentur? & huic quæstioni Juris Consultus Respondet *superficiario, & usufructuario utilitèr caveri l.qui bona 13.§.superficiario D.de damno infecto*, de Creditore autem cum nihil adiecisset, ideòque de eo dubitatio remansisset an scil.& Creditori caveatur *Marcellus* negativè Respondit, & nequaquam cavendum ait in *l. quid de creditore 11.D.de damno infecto*, ea ratione motus, quod nec possidenti bona fide caveatur *d.l.13.§.sed ei, qui*; contrà tamèn
3 *Vlpianus* concludit: nàm relata *Marcelli* sẽtentia eam temperat ità, ut admittat quidem eã in reliquis bonæ fidei possessoribus; In Creditore tamèn utilitatis causa reijciat, & locum non habere velit.

4 Sed in assignanda, quæ nàm sit disparitatis ratio, qua Creditor à reliquis bonæ fidei possessoribus separari mereatur, variant Interpetres, placet tamèn plerisque, quibus assentitur *Dion.Goth.in notis ad cit.l.13.* eam esse rationem, quod Creditor ad instar superficiarij, & usufructuarij causam habet à domino; cæteri autem bonæ fidei possessores causam habent à non Domino; cui rationi, & illud etiam adijci poterit, quod eum cautio ista, de qua agimus, præstetur ei, qui vel Dominus sit, vel vices Domini teneat. bonæ fidei possessor nec Dominus est, licèt se talẽ esse credat, nec vices Domini tenet; quoniàm in alterum dominiũ rei possessæ non agnoscit neq; alterius vices tenet, ut superficiarius, & usufructuarius; ideòque ei caveri non debet.

5 Hæc autem quamvis clara, & perspicua, *Faber* Noster non vidit, aut quod verius est noluit videre; ideoque in presenti contendit etiam bonæ fidei possessoribus cavendum esse, eisque potiùs, quã Creditori pignoratitio. Et quoniam *Vlpianus* obstabat loco suprà adducto manus infert *Vlpiano*, & verba illa ex tex. (*idest Creditori per stipulationem*) tanquã inepti interpretis dispungit; id, quod ante eum fecerat *Haloander, ut Duarenus testatur in comment.de damno infecto cap.1.*

6 Verùm enimverò adversùs *Fabrum*, & *Haloandrum* clamat primò omnium librorũ fides, secundò ratio superiùs adducta. clamat tertiò contextus ipse. Siquidem citata verba, sive ipsius *Vlpiani* sint sive à *Triboniano*,

qui pluta ex eodem Responso detraxit, tandèm adiecta eidem fuerint pro conclusione: rectissimè se habent, & ad antecedentia accomodata, dum explicant illam clausulam *aquissimum puto, & huic prospiciendum*; etenim quamvis illud (*huic*) ad Creditorem referendum omninò foret; nàm de Credirore sermo erat, & de Creditore tractatus, attamèn quoniàm interposita fuerat paulò antè de bonæ fidei possessore mentio, senrentia aliquantulùm subobscura remanserat; unde, ut magis lucida fieret ostenderetur que ly (*huic*) ad creditorem referendum, non ad possessorem, adiectum est (*idest Creditori.*)

7 Rutsùs, & altera quoque à *Fabro* emendatio ad tex. in *l. Aristo 28. D. de acquirenda hareditate* hic proposita *num.6.* reijcienda erit; non enim ex eo, quod verba hæc (*deliberanti de adeunda hareditate*) absunt à *l. Aristo 5. D. de jure delib.* erunt quoque dispungenda à dicta *l. Aristo 28.* cum etsi ibi dispuncta, aut nõ prolata hic vero relicta à *Triboniano* aut à J. C. adiecta, quia necessaria fuerant: & sanè eorum verborum hic evidens ratiò, quod nulli magis, quam hæredi deliberanti de hæreditate adeunda concedendum sit, ut inspiciat Rationes testatoris, ut ex illis facultates hæreditatis introspicere, ejusq; onera queat *l. Nesennius 34. D. de neg. gest. l. marius 25. in fine D. ad l. falcidiam*; nec ad rem facit, ut dictum quod in citata *l. Aristo 5.* eadem verba desint: Siquidem vel in ea; quià jam posita *sub tit. de jure delib.* & quia ex antecedentibus, & sequentibus subintelligi poterant, supervacanea visa sunt *Triboniano*, & Compilatoribus; ideòque dispuncta, vel quia illa *l. Aristo 5. De jure delib.* desumpta est *ex lib. 70. ad adictum*, hæc *l. Aristo 28. D. de acquirẽba hareditate ex lib. 8. ad Sabinum*, & duobus in locis tàm separatis ijsdem prorsùs verbis loquutum J.C. Necessarium non fuit; unde *Faber* se illudere, aut nos illudere voluisse videtur.

8 Sed ad *l. quod de creditore* redeundo, stare
adversùs *Fabrum*, Vulgares interpretes, & eo-
rum sequaces *Pragmaticos* inveniemus; dum
passim scribunt tùm ad *d. l. quod de Creditore*,
tùm ad l. si tibi §. de pignore D. de pactis cum
Bartolo, Baldo, Castrensi, Zaso, & alijs Credi-
tori hyothecario caveti, cum & vice versa
9 oporteat satisdare, unde quomodo in praxi
hujusmodi damni infecti cautionem quis exi-
gat, & quales faciat interrogationes cum
Speculatore docent pluribus in locis præcipuè
in tit. de satisdatione §. 5. vers. Item est, & in §.
1. sub tit. de damno infecto, & in tit. de operis
novi nunciatione §. 2. & in tit. de pign. §. 2. & in
tit. de interrog. §. primo.

10 Tractant quoque Nonnulli ex eodem *Speculatore in tit. de officio omnium judicum §. 2.* etiam de appellatione interponenda ab hac cautione imposita à Judice, & ex *Alexandri* doctrina concludunt quandoque eam denegandam; Addunt etiam ex *l. jubere D. de jurisd. omnium judicum*, causam damni infecti aliasque celerem desiderantes expeditionem, posse per Magistratus municipales, & Delegatos expediri.

11 Cæterùm, an cavendum sit, nec nè, & qui-
bus cavendum disquirendum esse, ut in hac *l.*
nostra uno ore *Pragmatici* clamant quoniàm
Regula est sine causa cautionem requirendam
non esse, & multò minus extorquendã *Are-*
tinus in l. 2. in princ. n. 1. D. sol. matrim. Alex. in
l. stipulationum n. 12. D. eodem, hinc causam
expetendi cautionem juxta ne ea sit, vel inju-
sta arbitrio judicis remittendam dicunt post
11 *Menoch. de arbitr. cent. 2. casu* 140. fatentur
tamèn omnes, quod tàm si, quia sollicitus quis
non fuit in cautione postulanda ideoque ei
non cautum, quam si quia attentus ei cau-
tum fuit, parimodo uterque si damnũ passus
sit, poterit semper refectionem petere, & sibi
ut interesse solvatur postulare, quãvis in mo-
do existimationis hujus interesse posteà va-
rient; nàm sunt qui juramento ejus, qui pas-
13 sus damnum fuit standum velint post *Plotum*
in l. si quando num. 764. D. unde vi. sunt qui
& meliùs ex facti circumstantiis Judicem ar-
bitraturum dicunt, & illius judicio adquie-
scẽdum, & ab eo decidendum interesse usq; ad
quam quantitatem pervenire possit: ut ex-
plicat *Menochius de arbitr. cent. 2. c. 22.*

14 Ad materiam autèm *l. Aristo 5. D. de jure deliber. & l. Aristo 28. D. de acquirenda hareditate*, de quibus nonnulla *Faber* in præsenti, ijdem *Pragmatici* adversùs illius dicta concludunt, hæredi deliberãri adire, teneri Creditores hæreditarios copiam facere instrumentorum, sive scripturarum suorum credituum, ut sciat idem hæres, quantum sit quod hæreditas debeat, & quomodo:Ità *Baldus* post quem *Rom. in. cõs. 492. & Menoch. cent. 1. casu 1. n. 16.* qui, & alibi idest *cent. 5. lib. 2. casu 499. n. 56.* tractat quando copiam exemplari concedendum sit ab eo qui retinet penes se Originale.

15 Insupèr nedum Creditores, ut exhibeant
scripturas, quibus sua credita probentur, sed
quoscumque detentores Rationum defuncti,
& librorum ejusdem poterit deliberans hæ-
res cogere ad illa sibi edenda, ut *Baldus,*
Bartolus, Jason, Alexander, & cæteri notant
ad citaram *l. Aristo 29. Magon decis. Flor. 1.*
16 *num. 29. & Menoch. loco cit.* At quibus expen-
sis exemplari copiæ debeant, aut scripturæ
exhiberi ipsiusne hæredis id petentis, an ve-
rò hæreditatis, controverti solet. undè vi-

den-

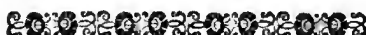
dendi erunt *Franciscus Marcus decis.* 557. *num.* 12.*tom.* 1.*Muta decis.* 55. *num.* 2.quamquam quoad copiam inventarij attinet *Gaspar Tesaurus lib.* 1.*q.forens.cap.* 10. *num.* 30. decisum referat ex *Ant. Sola in comment.* in decreto *inventionem Glossa unica par.* 1. *nu.* 26.esse dandam expensis hæredis ipse tamèn distinguit, & quidem descendentibus, & prætendentibus super hæreditate expensis hæredis dandam integram velit,cæteris verò alijs dandam usque ad signum Crucis. Sed vereor ne non multo meliùs quam *Tesaurus Ant.Sola* sit ratiocinatus; nam & Creditores quoque Jus habent super hæreditate;& multò magis quam filius pro legitima, super bonis hæreditarijs suum jus persequi possunt: Cætera ad hujusmodi inventarij exhibitionem pertinentia habes relata apud *Torum in suo voto decisivo* 39.

17 Quòd si controversia fuerit intèr hæredem petentem, & conventum circa exhibitionem instrumentorum, & scripturarum, atq; judicandum sit, quænam instrumenta, & scripturæ exhiberi præcisè debeant. Regula sequenda erit à *Soccino* allata *regula* 149.atq; secundum eam judicandum.

18 Denique illud etiam adnotandum est, quod nedum hæredi, sed cuicumque si ei interest, & petat, editio facienda est juxtà *Romani cõs.* 83.*Franc.Marci dec.* 18.*to.*2. & juxtà

19 *Fabrũ* nostrum in *Codice defin.* 33.*n.*3.*lib.* 3. *tit.*9.nisi tamẽ per calumniam petat quis editionem nõ usurus ea, aut si jam sciens quid in scripturis contineatur, petat illarum exhibitionem, ut monent idem *Faber* in eodem *Codice sub tit. de edendo defin.* 11. *num.* 1. *Cepolla cons.civil.* 37.*num.* 10.*Borgninus decis.*9. *nu.*9.

20 *par.*4. Quid autem dicendum sit de expensis factis ab hærede cum inventario in lite suscepta pro hæreditate *Barzius* explicat *decis.Bonon.* 13.



CAPUT XVIII.

De interdictis duplicibus tàm recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis.

SUMMARIUM.

1 *Quædam interdicta sunt duplicia.*
2 *Sed an recuperandæ, & adipiscendæ possessionis simul? Accursius affirmat.*
3 *Ratio quæ probat Accursij sententiam.*
4 *Sed adversus Accursium sentit Cujacius.*
5 *Et Faber qui tamen Cujacium reprehendit.*
6 *Sed injuria.*
7 *Salvianum interdictum duplex non est.*
8 *Exemplum de l.*3.*D.de vi, ad rem non facit.*
9 *Pragmatici admittunt esse interdicta duplicia adipiscendæ, & retinendæ.*
10 *Idem & Regnicola.*
11 *Interdictum ne vis fiat duplex.*
12 *De media quorumdam sententia.*
13 *De Contrarietate remediorum adipiscendæ, & retinendæ possessionis.*
14 *De Ursilli sententia adversus Afflictum.*
15 *De interdictis retinendæ, & recuperandæ.*
16 *De petitorio, & possessorio.*
17 *De potestate lite pendente.*

1 Quædam interdicta esse duplicia constat ex *l.*2.& similibus *D. de interdictis*, & ex §.3.*inst.eodem*; Sed an eorum quædam eo sen-

2 su duplicia sint, ut & ad possessionem adipiscendam, & ad eandem recuperandam valete possint, non parum ab Interpretibus controversum est; nam *Accursius*, quem plerique sequuntur in citata *l.*2.affirmativè sentijt, assignavitque interdictum, illud quod extat sub rubrica digestorũ *ne vis fiat ei*, &c. quod sanè cum prohibitorium, & redhibitorium sit, ut testatur *Ulpianus in l.*3. §.*prætor D. eodem*: rectè diceretur esse adipiscendæ, & recu-

3 perandæ possessionis; & id quamquam in præsenti *Faber* gratis neget sub *num.* 2. attamen aperta Ratione cõvincitur, cum enim detur hoc interdictum ei, qui non admissus fuit *l.*1.& *l.*3.*D.dicto tit. ne vis fiat*; ad possessionem adipiscendam datur, ideòque adipiscendæ est; Rursùs cum datur & ei, qui de possessione fuit repulsus *d.l.* 1. §. *hac actio D.ne vis fiat*, est quoque recuperandæ possessionis, & proindè duplex rectè appellabitur, ut est dictum.

4 At non desunt ex *Neotericis*, qui nequaquam *Accursio* assentiendum existimant, & nulla esse interdicta in jure nostro eo sensu duplicia, ut & adipiscendæ, & recuperandæ, sint possessionis contendunt, cum *Jacobo Cujacio* 4.*obser.cap.*11. quo in loco opponi, & secum pugnare clamat, nùnc primum possessionem adipisci, & jàm adeptam recuperare.

5 *Faber* noster à *Cujacio* plura mutuatus idipsum asseverat: verùm enim verò, sub *num.*3.*Cujacium* non ampliùs in Ducem, sed in Adversarium eligit, ideòq; repræhendit in eo, quod velit postrema verba *l.*2. vel rejicie-

6 da in *l.*3 vel tanquam spuria dispungenda, cum tamèn ipse potiùs repræhendendum se ostendat, quod retinere citata verba in *d.l.*2. voluerit, quando constat nullo modo ad eam pertinere, & quàdo sic explicarentur, ut ipsemet *Faber* explicat *n.*4.& eo sensu, ut ex illis dicamus duplicia interdicta esse, non quia adi-

adipiscendæ, & retinendæ possessionis sint; sed quia in ipsis nō apparet quis Reus, quisve Actor fuerit, *Paulus* ineptus fiet, dùm sic fuit loquutus, & volens dicere interdicta quędam esse duplicia; quia in eis uterque videri posset Actor, & Reus, dicat esset duplicia, quoniàm adipiscendæ, & retinendæ possessionis sint. Undè si non omninò dispungere citata verba cum *Cujacio*, emendare saltem ea debuetat, & reponere *quadam interdicta duplicia recuperanda possessionis sunt, quadam adipiscenda.*

7 Illud verò, quod de *Salviano* interdicto idem *Faber* movet, quod. s. illud diei posset, & adipiscendæ, & recuperandæ possessionis, infulsum est; quoniàm cum in *Salviano* interdicto, ut *Julianus* testatur in *l. unica* §. 1. *D. de Salviano interdicto*, quoriès intentatur, possidentis condirio melior semper est, quia duo insolidum possidere non possunt; sequitur ut & recuperandæ, & adipiscendæ possessionis esse non possit, cum uni tantùm, idest ei, qui possideat concedatur *Salvianum.*

8 Exemplum quoque ex *l.* 3. §. *eum igitur D. de vi, & vi armata* de interdicto undè vi, ad rem, de qua agimus, non admodùm facit; nàm in eo, non utrique idem jus est, sed illi actoris partes demandantur, qui ultimo loco vi ejectus fuerat.

9 Sed quanrùvis *Faber* hic se exerucier *Pragmatici* post *Repetentes* ad hanc *l.* 2. §. *fin. de interdictis*, pro explorato habent esse quædam interdicta duplicia, & adipiscendæ, & retinendæ possessionis ea esse; habent etiam in hac materia præ manibus, tùm ea, quæ *Menochius* in suo tractatu *de adipiscenda, & retinenda possessione*, tùm etiam ea, quæ congessit *Arism. Tepata variarum sententiarum lib.* 1. *tit. de interdictis.*

10 Nèc alitèr *Regnicola* nostri differunt in materia Constitutionis Regni *Violentiarum* sub tit. *contra quem de restitutione agatur*, sequuti *Iserniam*, *Afflictum*, aliosque ad eamdem Constitutionem addentes.

11 Illud verò propriùs ad nostrum tractatum pertinet, quod idem *Menochius de possessione remedio primo* proponit, nempè edictum illud, de quo *Accursius*, ne vis fiat ei; duplicē esse, & tùm ad tractatum *adipiscenda* tùm ad tractatum *retinenda possessionis* pertinere, quod, & plerique eum sequuti fatentur.

12 Quamquàm non desint etiam inter *Pragmaticos*, qui nec ab *Accursio* discedere, & tamèn id ipsum eum *Cujacio, & Fabro* sentire velint; ideòque mediam quandam sententiā comminiscuntur, & docent, verum quidem esse non dari interdictum, quod dum unum est, duplex sit & adipiscendæ, & retinendæ possessionis; sed dari duorum interdictorum cumulationem, hancque facere, ut simùl intentata hæc interdicta, & ad adipiscendam, & ad retinendam possessionem valeant: sintve autem hæc duo ita conjuncta, ut unum esse videantur ex duobus tamèn effectum: vide *Mindanū de interd. com.* 7. *divis.* 16. *n.* 70. & 85

13 Porrò quod *Cujacius, & Faber* quasi novitèt ratiocinantur, & ponderant, esse inter se contraria hæc duo, possessionem tanquam suam retinere, & eandem adipisci, id jam olim apud *Pragmaticos* vulgatum fuerat in specie illa, de qua *Afflictus dec.* 118. cum placuerit tamèn in eadem, & obtinuerit, non adeò ea contraria esse, ut remedia pro ipsis prodita, non possint insimul cumulari, atque uno eodemq; libello complecti. Id, quod seri psperant quoque *Dec. cōs.* 57. *col.* 1. alijque apud *Menochium d. tract. de adipisc. remedio* 1. *n.* 91. & *remedio* 4. *n.* 104. *Item & Fuscus singul.* 46. *lit. I.*

14 Quamquam *Ursillus* Additionator, ad eundē *Afflicti locum num.* 2. notet, hæredem interdicta intentantem animadvertere debere, fuerit nè aliquando nactus rerum hæreditariarum possessionem, an non adhùc, atque ità ratiocinetur post *Marcsilanum, & Arctinum*, ut cumulationē huiusmodi interdictorū adipiscendę, & retinēdæ nō omninò, & generalitèt admittere videatur; quod sentijsse visus est *Covar. pract. q. cap.* 17. *Cācer.* 3. *p. variar. cap.* 4. *de servit. nu.* 88. *Philippus Massinus dist.* 45. *Fontanella cl.* 3. *Gl.* 7. *p.* 10. *num.* 52. *Rota Romana apud Puteum dec.* 419. *lib.* 2. & *Farinac. dec.* 70. qui dum scribūt eom, qoi spoliatum se à possessione dieit posse recuperandæ, at non item retinendæ possessionis interdictum intenrare, jam apertè farētur cumulationem non admittere unde ex his *Afflicti* deeisio in dubium revocatur.

15 Rursùs, & in eo etiam inter *Afflictum*, & eumdem *Ursillum* non convenit, quod *Afflictus* putat, atque ità deeisum refert *in decis.* 156. quod is, qui retinendæ interdictum intentaverat, poterit postea, & recuperandæ intentare, atque petere super hoc judieari omisso anteriori judieio: *Ursillus* verò id negat apertè quamvis pro *Afflicto* stet *Bald. in cap. delictis extra de appellationibus Capyc. dec.* 72. alijque allati, & sequuti à *Pisanello in addit. ad eandem Afflicti dec.*

16 Occasione autem horum interdictorum solent, & Nostri illud etiam tractare, an scilicet petitoris, & possessoris causa una simul intentari; & utrum una cum altera concurrere possit? Et quamvis in hac re varia varij dixerint, placuit frequentiùs *Martini* antiqui *Glossatoris* sententia affirmātis solum interdictum retinendæ possessionis cum petitorio concurrere posse, ut explicat *Capyc. Latro dec.* 111. & ibi in observatione *Gizzius.*

17 Denique, & illud quoque notandum est, quod beneficium illud, quod datur ultimo posses-

possessori, ut lite pendente, rei litigiosę possessionem habeat, non habet locum, cum adipiscendæ, sed cum retinendæ possessionis interdicto agitur. Vide *Rovitum conf.* 6. ubi *Altomarius* latè de possessione defuncti in hæredem continuanda disseruit.



CAPUT XIX.

De lectione l. Lucius 32. D. de Donationibus.

SVMMARIVM.

1 *Verba tex.*
2 *Sententia Jacobi Cujacij.*
3 *Non placet Fabro, qui eam impugnat.*
4 *Responsio pro Cujacio.*
5 *Quid Juvenis significat, & de sententia l. Attilius Regulus.*
6 *In d. l. Attilius donatio facta ob benemerita.*
7 *Emendatio à Fabro adducta.*
8 *Reicitur.*
9 *Veteres dederunt ansam huic emendationi.*
10 *Quid movit Vulgares interpretes.*
11 *Refelluntur.*
12 *Haredes illius qui concessit si non prohibeant videntur confirmare precarium.*
13 *Si Socer concesserit Genero habitationem in domo propria an in alia domo possit eã dare? quidam affirmant.*
14 *Sed negant Riccius, & alij*
15 *An Attilij habuissent haredes facultatem prohibendi.*
16 *Ratiocinatio Interpretum ad dictam l. Attilius.*
17 *Donatio remuneratoria an sit propriè donatio.*
18 *[illegible] de meritis aliundè quam per assertionem constare debeat.*
19 *Julij Clari sententia.*
20 *De concessione facta ad beneficium concedentis.*

1 SCevola in *l. Lucius* 32.*D.de donat.* scribit *Lucius Titius Epistolam talem misit: Ille illi salutem: Hospitio illo quandiù volueris utaris superioribus Dictis omnibus gratuitò, idque te ex voluntate mea facere hac epistola notum tibi facio. Quaro an haredes ejus habitationem prohibere possint? Respondit secundum ea, qua proponerentur haredes ejus posse mutare voluntatem.*

2 Qua tamen ratione motus Scevola ità scripserit, cur ve donantis hæredibus facultatem prohibendi, mutata voluntate, concesserit, planè inter Nostros non constat vir tamèn Doctiss. *Jacobus Cujacius lib.*27. *obser.c.*33. ex legis *Cincia* dispositione eam eruere tẽtavit; ideòque dixit, quod cum lege Cincia donationibus certus modus impositus fuisset, & certis ex causis inutiles quandoque redditæ donationes forent, fuit quoque eadem lege cautum, strictius ubique quoad poterat dispositiones interpretaodas; & proindè inductum, ut si quis donasset, aut gratiosè cõcessisset domus, vel cęnaculi, aut dietæ, aut hospitij usum, habitandi causa, non obligaret hæredem post mortem suam, ut eundem inquilinum ferre debeat: nisi aliquid aliud expresserit eum donasset. Visum nanque legislatori fuit, eum qui simplicitèr concessisset, voluisse quidem concedere gratuitam habitationem, sed quandiù ipse vivebat, non tamèn voluisse hæredem proprium ad id ipsum præstandum obligare.

3 Sed hujusmodi viri doctissimi ratiocinatio displicuit *Fabro*; ideoque hic scripsit, quod quantumvis strictè donationem Scevolę propositam accipias, ounquàm tamẽ efficere poteris, oi quod disertè actum est, sive quod apertè donatum est, non præstetur, nisi dicas *l. Cincia* prohibitum donare, aut quod donatum est prohibitũ præstari, quod falsum est.

4 At pro *Cujacio* in promptu Responsio est, scil. quod aliud sit quærere, an quod donatum est, præstandũ sit; aliud quærere an quod donatum est, & præstitum à defuncto fuit, ab hæredibus quoq; prestandum post donãtis mortem sit, licet de hæredibus oulla mentio fuerit facta. Et quidem ad primũ Caput *Cujacius* concedit, quod donatum est præstandũ: nec legem Ciociam vetare; quoad secuodum verò negat, quia ità *lex Cincia* disposuit; nec verba illa (*quandiù volueris*) quibus putat *Faber* satis caveri, ut hæredes quoque doonantis præstare teneaotur, sufficere posse credidit: quoniam lex ipsa volebat, ut non per subintellectum sensum, sed expressis verbis obligatio hęredũ ad patientiam sivè ad pręstationem adesset, alioquin strictè dispositionem ioterpretabatur, ut alias interpretaram idem *Cujacius* monuit in *l. Attilius Regulus D.de donat.*

5 Cæterùm altera illa ratio, quam *Faber* hic ut meliorem profert ad interpretationem adductę *l. Attilius Regulus* 27. quod scil. in ea ille, qui donaverat, minor fuerit, prorsùs ioeptã se prodit, siqnidem nemo non videt appellatũ à Juris Consulto juvenem, qui donaverat respectu præceptoris, cui donaverat non respectu minoris ætatis, quandoquidem', vel ex ipso *Marcelli* responso quo *Faber* utitur in *l. non aliter* 69.§.*ult.D.de leg.*3. constat juvenem

nem diceodum, æstimandumque etiam eum, qui adolescentiæ ætatem excesserit quousq; incipiat inter senes numerari, unde nō poterit cōcludi ex eo, quod juvenis *Attilius Regulus* appellatur, quod minor fuerit, quomodo .n. ex eo quod quis juvenis est minor est? si potest, & juvenem esse, & majoris ætatis, modo non ad senecturem, usque perventus sit; nam & Seneca, ut *Dion. Goth.* advertit, dicebat juvenem censendum eū, qni inter senes non tefertur, & *Censorinus de die Natali* definit juvenem appellandum, qui annum trigesimum transegisset, & usque ad quatragesimum pervenisset *Gellius quoque lib. 10. Noct. atticar. c. 18. ex Tullij* censione, juvenes existimatos testatur eos, qui fuissent ab anno 18. usque ad 46.

6 Igitur in *l. Attilius* faciebat rationem dubirandi supra adducta *legis Cincia* dispositio, quæ volebat donationes strictè interpretari, ideoque, ex ea videbatur posse revocari donatiooes non quidem ex eo quod dooans in minori ætate fuerat, sed quia noluisse donâtem suos hæredes obligare interpræτabatur, dum id nō expressit; sed hoc nō obstāte nō esse locū revocarionis cōcludit *Papin.* motus ratione illa quod facta donatio remuoerationis causa fuerat, & à meliori reddito juvene, Præceptori suo *Nicostrato* quem non obscuri nominis Rhetorem *Papiniani* temporibus fuisse ex Suida observavit *Alciatus parergon 2. cap. 49.* quo in loco rectè monet, malè in quibusdam libris scriptum *Nicostrato Pratori* rectè in *Florentinis Nicostrato Rhetori*, rectissimè omnium in Noticis *Nicostrato Pracepsori*, quam lectionem firmant quoque *Gracorum libri in Basilicis*.

7 Sed ad *Fabrum* revertamur, qui sub *num. 2* suadet emendandum esse tex. in hac *l. Lucius* scribendumque pro (*quandiù voluerit*) *quandiù voluerim*,) ut irà faculras, quæ donatario data est, sibi reservasse dooantem faciamus.

8 Verùm enimverò hujusmodi emendarioni illud obstat primò, quòd ea admissa, non donatio facta proponeretur, sed precarium cōcessum sub illis verbis (*utere habitatione quādiù voluero*,) & proindè lex hæc non sub *tit. de donationibus*, sed sub illo de precario collocari debuisset.

Secundò obstat, quod *Scevola* non obscorè innuir, quod quamvis ab hæredibus possir, non tamèn ab ipso donante potuerat prohiberi donatarius ne habitaret, quod & ipsemet *Faber* vidit *n. 1.* & *Cujacio* opposuit, quod si ità est, ergo usus, & habitatio non concessi quandiù voluerim ego donator, sed quandiù volueris tu donatarius, alioquin ego prohibere postea, & nolle potuissem.

Tertiò obstat tùm *Florentinorum* tùm librorum omnium consensus, in quibus Constantèr scriptum quandiù voluetim: vndè *Graci in Basilicis lib. 47. tit. 1. cap. 3 t.* ità hanc legē referunt: *Si ad te scripsero, ut tu dieta mea gratuito utaris quandiù voles.*

9 Sed ut *Vulgarium* etiam interpretum, & *Pragmaticorum* opinameota disquiramus, illud primò notandum erir quod illi, etsi non ausi literam mutare, tamèn ineptam quandā interpretationem proponendo ansam *Fabro* dedère conjectandi, & receptam emendandi lectionem; ex quo enim post *Accursium*, & *Bart.* tradidère, ideò in specie legis hujus potuisse hæredes prohibere; quoniam donatarius precario usum habitationis habuerat: unde *Castrensis* Regulam statuit, quod concessio usus indeterminati precarium non donationem inducit, in mētē venit *Fabro*, literam tex. ad hūc sensum accomodare, & hoc ut faceret, receptam lectionem mutare. Cum tamèn animadvertere debuisset Interpretes in proposita specie precarium non ex illis verbis *quandiù volueris, aut quandiù volue-*

10 *rim.* Sed potiùs ex illis posttemis (*idquetcex voluntate mea facere notū tibi facio* deducere; quasi quod ex illis intelligeremus, dominiū rei donatę esse penes donarariū, sed pendens ex voluotate donantis, ejusve à nutu, & arbitrio; & quamquam hoc vix elici posse ex adductis verbis rex. ijdem qui asserebant viderent adhùc tamèn ad ità sentiēdum devenère, atque ad propositam interpretationem, quoniam alirer, si donationem non precariū intervenisse dixissent, quia oullo modo perfecta donatio ab hęredibus revocari potuerat ut ratiocioatur *Covar. lib. 5. variar. cap. 25. n. 5* non habebant quid dicerent, Nesciētes, quod

11 postea monuit *Cujacius* posse, & perfectam donationem ex *l. Cincia* interpreratione coârgustari, & revocationi subijci, ideòque non opus esse precarium fingere.

12 Prętereа illud in hac materia apud omnes cōstat, quod si hæredes ejus, qui donavit, aut, ut dicunt *Pragmatici* in proposita specie, ejus qui precariò concessit, non prohibuissent defuncto donante, aut Concedente, sed scientes, prudentes ve passi fuissent donatarium habitationem in ijsdem Dietis cōtinuare; jam videbitur confirmasse, & eos donationē vel precarium, ut explicat *Menoch.* post citatum *Covar. de arbitr. Jud. lib. 1. q. 69.*

13 Occasiooe autem hujus habitationis concessæ in hac *l. hujus*, & posteà ab hæredibus concedèris denegatę, solet apud Nostros quęri quid dicendum, si Socer Genero habitationem promisisset, ut fieri soler per quosdam annos; & cum per aliquos præstirisset in propria domo, tandem nollet amplius in domo sua præstare, sed in alia domo, an possit ità variare? & *Afflictus* ex facto tractatum, & affitmativè decisum refert *decis. 146.*

ubi

ubi Addentes præcipuè *Riccius* concordes in hac eadem sententia *Rolandum*, *Menoch. Annam*, *Novellum* adducunt, & hos sequitur *Novarius*, qui latè rem tractat *in praxi de variatione fori q.3.n.4.sectione 1.p. 8.* quam-
14 quam idem *Riccius* neget postea veram esse hanc sententiam, & in *collect.*301. contendat ab Genero jus quæsitum habitandi in propria soceri domo auferri nõ posse; ideòque reprobatam *Afflicti* sententiam asseveret.

15 Utcumque tamèn se res habeat, sivè socerum variare posse cum *Afflicto*, sivè non posse cum *Riccio* dicamus illud utriusque sequaces unanimitèr admittunt, quod hanc potestatem variandi hæredes soceri non habebũt; nàm Regulam statuunt, quòd variandi potestas, sicut, & eligendi ad hæredes non transit, de qua Regula videndi *Guidon Papa singul.* 461.& 721. *Jacobus Alex.* alijque adducti à *Caravita in addit. ad Afflictum* loco citato *à Pellic. ad consuet. Aversf. cap.7.n.*190. & similibus, quorum dicta, opponuntur ex diametro conclusioni nostræ *l. Lucius*, nàm secundum hanc hæredes habent in prohibendo habitationem facultatem, quam non habuerat qui concesserat, & secundum superiùs dicta hæredes non habebunt facultatem illã, quam habuerat socer qui habitationem promiserat. Videar ergo qui voler, an Interpretes Nostri, & *Pragmatici* an verò Juris Consulti magis ad rationem, & civilem providentiam compacta respondeant.

16 Sed hæc de *l. Lucius*, videamus nùnc, & quid de *l. Attilius* 27. vulgò sentiant, & sanè illud primò verum est neminem ex interpretibus sentijsse, quod *Faber* nempè dubitandi rationem fecisse in citato tex. minorẽ ætatem donantis, sed concorditèr dixisse eã fuisse, quod jus inhabitandi cõcessum revocari potest; Cæterum, in contrariũ in illa specie decisum; quoniàm donatio facta fuerat ob bene merita; ideòque donatarium manutenendum in habitatione resposũm est quinimo si foret expulsus, ei per Judicis Officium succurrendum fuisse; post *Bartolum*, & sequaces adnotavit *Decius cons.* 352. *Portius cons.* 36. *n.* 33. alijque.

17 Hinc sumpta occasione ex citata *l. Attilius* sunt, qui existimant donationem ob merita non veram, & propriam donationem esse; sed potiùs debiti quandam remunerationem; non enim gratuitò fit, sed præcedente obligatione; ideòque nec insinuatione indigere, nec revocationi obnoxiam esse, modò meritis, quod donatum est æquivaleat, nõ ea excedat: *Julius Clar. in §. donatio qu.*3.& ad eum Addentes *Giaccharus*, & *Manfredus Goveanus*, quamvis non desint, qui in adversũ contendant hanc donationem remuneratoriam, non esse speciè distinctam à cæteris donationibus, nec proindè speciali tractatu dignã, sed eandem cum reliquis speciem constituere, ut sèrit *Gl. in l. donari* 83. *D. de reg. jur. & in l. sed nisi lege §. consuluit D. de per. hæred. Albericus Fulgos. Rogerius*, alijque, cum quibus latè *Arias Pinellus in comment. ad l.* 2. *D. de bonis maternis n.*59. *par.*3. quos tamèn novissimè communiori firmata sententia refellit *Bottilierius de successionibus ab intestato Theorema* 70. ut nos alibi adnotavimus.

18 Illud tamèn plerumque controverti contingit, an de meritis constare debeat aliundè, quam ex assertione ipsorum in donatione facta; nàm sunt qui sufficere assertionem volunt cum *Bartolo in l. si fortè D. de Castrensi peculio*, sunt qui non sufficere velint cum eodè in *l. per diversas §. juxta hac C. mandati*: At
19 *Julius Clarus in d. §. donatio*, ubi suprà *nn.*2. distinguendum esse arbitratus est videndumque, an donatio fiat à persona prohibita donare, an vero ab ea, quæ liberè de rebus suis potest disponere; & siquidem fiat à persona donare prohibita, nisi donet ob merita; tunc oportet, ut de meritis prędictis constet aliũde quam ab assertione donantis; si verò donatio fiat à persona, quæ liberè potest disponere, standum est assertioni illius.

20 Et sanè hanc *Clari* distinctionem passim receptam apud Nostros videmus; nàm in conjuge donanre alteri conjugi; quia alias inter hos donatio prohibetur, oportet ut de meritis constet, nèc confessio sufficier donantis, nisi aliqua concurrant, quæ alitèr suadeant, ut Nostri docent post *Menoch. de arbitr. casu* 134. Item in Cive Neapolitano, qui per Cõsuetudines prohibetur in regra bona sua alienare in fraudem medietatis ad agnatum proximiorem, ex providentia earundem Consuet: perveniendam; admissum est non valere donationem, nisi merita probentur, vide *Neapod. & addentes ad consuet. si mulier sub tit. de contr. inter virum, & uxor.*

E contrà, ejus qui adversùs se nullam habet prohibitionem, standum esse assertioni circà merita donatarij concludunt omnes, undè in Principe concedente, ejus assertioni omninò standum absque alia probatione, dicunt *Mascardus de probat. conclus.* 1227. & *Molfes. in tomo* 2. *Comment. ad consuet.* 37. *num.* 2.

Denique, & illud notatu dignum est, quod idem *Molfes.* scribit *cit. cons.* 37. *n.* 6. nẽpe concessionẽ factã ad beneplacitum concedentis, ipsius cõcedentis morte expirare, si personam ipsius concedentis respiciat; secus si respiciat dignitatem, & secus si utrumq; videas etiam *Menoch. de arbitr. q.*69. *Mascard. concl.* 188. aliosque adductos ab eodem *Molfes.*

N CA-



CAPVT XX.

Ad l. transigere C. de transactionibus.

SVMMARIVM.

1 *Authores ex quibus poterat Faber accipere lumen ad hanc legem.*
2 *Fabri sententia.*
3 *Contra Fabrum asseritur Adulterij crimen fuisse gladio punitum.*
4 *Sententia Fachinei explicatur.*
5 *Altera Fabri traditio.*
6 *Reiicitur.*
7 *Defenditur recepta lectio in l. transigere.*
8 *An falsi crimen excipiatur.*
9 *Negat Faber.*
10 *Sed alij contra.*
11 *Quadam notanda in scriptis à Fabro hic.*
12 *Interpretum, & Pragmaticorum sententia de hac l. transigere.*
13 *A quo tempore sanguinis pœna irrogata.*
14 *Circa pœnam criminis adulterij, statui non potest certa regula.*
15 *Ne in hoc quidem Regno Neapolitano.*
16 *Nam nunquam puna gladij admissa*
17 *Adulterij crimen publicum sit an vero privatum.*
18 *De crimine raptus transigi potest.*
19 *Item de crimine falsi.*
20 *Sed cum diminutione publica vindictæ.*

1 Quamvis *Diolet. & Maximil.* rescriptū in *l. transigere* 18. *C de transactionibus* antiquis interpretibus admodum obscurum fuerit visum; obscurum tamèn adhùc esse *Fabro* non debuit, dum videre poterat, quæ ad illud scripsère *Cujacius 6. obser. c.* 11. *Brisson. lib. singul. ad l. Juliam de adult. P. Faber secundo semestrium cap.* 5. *Hotom. illustr. quæst. c.* 23. *Hugo Donellus in comment. ad eundem Alciatus* 5. *paradox. cap.* 8. *Coras.* 2. *Miscell. cap.* 1. & ut alios omittam *Ant. Augustinum* 3. *emendat. c.* 8.

2 Ut cumque tamèn fit de duobus præcipuè in ejus interpretatione, quæri posse *Faber* autumat: Primum cur à Regula illa, quæ habet de omnibus criminibus pœnam sanguinis irrogantibus transigi posse, adulterij crimen excipiatur? secundum cur ab altera Regula, qua edocemur de criminibus pœnam sanguinis nequaquam irrogantibus transigere non licere falsi crimen exceptum voluerint Imperatores?

Et ad primum respondet idem *Faber*, non dubitare se, quin jure veteri non liceret de crimine adulterij transigere; ea nimirùm ratione; quoniàm, si transigisset actor in Senatus Consultum Turpillianum incidebat; sed eodem jure obtinuisse usque ad Constantis, & Constantij tempus, ut adulterij crimen pœnam sanguinis non irrogaret, quinimmò nec deportationis, sed tantùm relegatione fuerit punitum.

3 Verùm adversùs hanc *Fabri* assertionem insurgit *Marcus Lincklama membranarum* 2. *cap.* 9. qui quod *Coras.* tentaverat perficit, ostenditque pluribus, pœnam sanguinis etiā eo jure, quod obtinebat ante Constantem, & Constantium adulteris irrogatam, eosque, & gladij pœnam, & deportationem passos; quod si aliquando ab ea pœna quosdam exēptos, legimus, & in minorem illa commutata mitius punitos, non id ex Juris dispositione, sed ex personarum qualitate, & circumstantijs facti id expostentibus evenisse; ut vestigia, quæ extant in plerisque Juris Nostri locis, & Taciti, aliorumque historicorum scripta, satis ostendunt; cum alioquin hoc ipsum apertis verbis testetur *Justinian. §. 4. inst. de publicis Judicijs* docens adulteros lege Julia de adulterijs gladio punitos, quod sanè ipse Imperator, aut *Tribon.* nunquam dixisset,

4 si non ità esse palam constaret; nisi dicere velimus cum *Fachineo contr.* 1. *cap.* 8. *Tribonianum* legē Juliam de adulterijs appellasse posteriores leges, quasi ignorasset, adeò oscitanter se gerebat, discrimen, quod erat inter legem Juliam latam in principio Imperij *Romani*, & Constitutiones *Constantis, & Constantij* posterioribus temporibus emanatas.

5 Pergit idem *Faber*, & ait, jure novo irrogatam sanguinis pœnam adulteris, sed ex hoc nasci, ut & de adulterio quoque transigere liceat, cum nulla causa id negandi subsit.

6 Verùm enimverò adversùs *Fabrum* Respōsio in promptu est; nàm dato quod jure novo, idest Constantiano, sanguinis pœna adulteris fuisset irrogata adhùc quia hujusmodi pœna ex Principum placito pendebat, poterant ijdem Principes vetare sivè ob delicti frequentiam, sivè ob maximum scandalū, quod ex eo in Civitate oriebatur, sive ut in re lubrica magis, ae magis refrænatos homines haberent, ne transigere de crimine adulterij liceret, atque ità pœnam ab ipsis irrogatam evadere. Hinc argumentum illud, de criminibus pœnam sanguinis irrogantibus transigere licet, sed adulterium pœnam sanguinis irrogat: ergò de adulterio licet transigere, concluderet quidem, nisi in oppositū essent verba aperta *Imperatorum in hac l. trāsigere* 8. qui, quod, poterant, à Regula generali adulterium excipiunt: quod si dixeris cum

Cujacio exceptionem illam (*excepto adulterio*) fuisse à *Justiniano* adjectam *Diocletiani* Rescripto, adhùc responsio locum habebit; nàm dicemus, quod sicut potuère *Constans*, & *Constantius* constituere, ut in adulteros pœna sanguinis locum haberet, Ità potuit, & voluit *Justinianus*, ut & de ea transigere non liceret; Sicque argumentum corruit, ex Regula desumptum, *quod transigere licet de criminibus pœnam sanguinis irrogantibus*; nàm exceptum adulterium ab Imperatore fuit expressis verbis ad hoc inductus sive politica sive morali aliqua ratione; certè ut *Diodorus* scribit *lib. 1. Bibliot.* in adulterio ad eam quę marito infertur injuria, corruptela quoq; & depravatio morum, prolis confusio, & matrimonij perturbatio adjungitur.

7 Foerit igitur pręd. aut quævis causa, quæ legisltorè impulit sive hunc *Diocletianum*, sive *Justinianum*, sive qnemlibet alium dicas nūquam *Fabro* assentiendum erit, quì ab imperito interprete exceptionem adjunctam dicit, quasi vetustissimi libri omnes etiam *Basilicorum* non eam haberent. Et in ipsis *Graecorum Glossis* non legeremus *lib. 11. tit. 2. ad cap. 35.* (*placet adulterium gladio puniri, ut non solùm adulterij crimen capitale sit, sed & pœnam sanguinis inferat, & tamèn de eo neque pacisci, neque transigere licet.*

8 Sed ad secundum quæsitum, cur scilicet falsi crimen excipiatur, & ad *Fabrianam* Responsionem deveniamus, hæc illa est, quod re

9 vera falsi crimen non excipiatur à Regula, in citata *l. transigere*, sed illa verba *citra falsi crimen*, in ea sunt prolata significatione, ut ex illis intelligamus, eū, qui de crimine, quod pœnam sanguinis non irrogat paciscitur, & transfigit in Sen. Cōsultum *Turpill.* & in falsi crimen incidere, nàm citrà falsi crimen, idest citrà, quod in hoc incurrat, pacisci, & transigere non potest, quod sanè illud ipsum est, quod *Alciat. & Donellus* jàm anteà tradiderant in explicatione hujus *l.* unde ab illis *Faber* desumpsit: sed hoc quamquam non improbabile sit, sunt tamèn non pauca in adversum, & *primò Graecorū* lectiu in *Basilicis*. Itē & in Egloga ad hunc locum quæ habet pro (*citrà falsi crimen*) *excepto falsi crimine*, atque ità allatam interpretationem nullo modo

10 potest recipere; deindè est in adversum *Neotericorum* meliorum constans Autoritas quī verba *citrà falsi crimen* exceptionem ad Regulam cootinere concorditèr scribunt: hi sūt *Cujacius 6. observ. cap. 11. & 19. obser. cap. penult. & Govcanus Variarum 1. cap. 30.*

11 Denique adhùc nonnulla ad hoc conjecturarum caput 19. notanda erunt, & primò distinctionem allatam *num. 8.* à *Fabro* inter de falso instrumento transigere, & transigere de crimine falsi, totam *Brissonij* esse, & ab eo suppresso nomine à *Fabro* desumptam. Secundò emeodationem *l. si mulier 4. D. ad Turpill.* quæ sub *num. 7.* proponitur *Jacobi Curtij* fuisse *lib. 2. Ecaston.* ab eoq; excogitatam, malam tamèn esse, & respuendam, ut rectè *Jacobus Cujacius 2. obser. cap. 8.* & *Joannes Robertus 1. recept. cap. 25.* concludunt; Terriò plura, & alia ad hanc rem dici posse, quæ *Faber* omisit; habent tamèn Autores supracitati, alijque, quorum oomenclatura penès *Linklamam* supra adductum *Treutl. select. 1. Thesi 5.* Quartū plura adversùs *Fabrum* dicenda, & à nobis omissa fuisse, quæ tamèn habet quī velit penès *Fachin. controv. 1. cap. 8. & cap. 9.*

12 *Pragmatici* tamèn post Repetentes in hac materia legis transigere partim cum *Fabro* partim adversùs eum ratiocinari videntur; nàm quamquam magis communitèr sentianc de crimine sanguinis pęnam irrogātelicitam esse transactionem, ut scripsère *Bart. Baldus*, *Salicetus*, *Jason*, & alij apud *Del Rio* in tractatu peculiari ad hanc *l. transigere C. de transact.* & apud *Bolognetum*, & *Padillam in comment. ad eandem*, & apud *Fachin.* loco suprà adducto, ubi cum *Alciato*, & *Jasone* cōcludit licitam esse tàm actori, quàm reo transactionem, excipiunt tamèn *Pragmatici* à Regula, adulterij crimen cum citatis Repetentibus, & cum *Alberico*, ex quibus *Papon. lib. 22. Arestorum Aresto 12. tit. 9.* adducuntq; plures causas, ob quas sic rigorosè crimen adulterij vindicari debuit post *Tiraquellum in legibus Connub. l. 13. num. 9.* Verùm inter eosdem, ut solet noo desunt, qui huic Exceptioni, & suas adhibent in quibusdam casibus exceptiones, sive fallentias cum *Jasone ad hanc legem num. 5. Bolognetonum. 2. & num. 72.* adeòque indistinctè quòd dixerant, verum esse negant. Sunt etiam ex Nostris qui adversùs propositam Regulam explicatamque statuunt Regulam alteram, scil. esse licitam transactionem, modò fiat ante sententiam, post accusationem verò non esse licitam, si jam sententia sequuta sit, ut distinguit *Bocrius decis. 298. num. 3.*

13 Cæterùm circa tempus, quo pœna sanguinis irrogata adulteris fuerir, varij sunt Nostri, & in varias scissi sententias. Quidam enim idipsum sentiunt, quod *Corasius*, & *Linklama*, quidquid *Faber* hic velit, nempè antiquitùs adulreros etiam gladio puniros, ut jàm olim *Hostiensis* scripsit in *summa sub tit. de adult. §. qua pœna colum. prima*; & si quādoque non gladio puniros, id ex circumstantijs facti, aut ex voluntate jus dicentis evenisse, atque ità respondent ad ea, quæ in contrarium adducuntur à *Menochio de arbitr. lib. 2. cent. 5. casu 419. num. 38.* Sunt verò, qui negant apud antiquos tàm rigidè cum adulte-

N 2 ris

ris actum; sed posterioribus temporibus adversùs eos constitutum volunt, ut gladio punirentur, & ità sentiunt *Covar. in epit. de sponsalibus par. 2. cap. 7. num. 16. Menoch. dicto casu* 419. *Julius Clarus*, qui id esse de communi opinione testatur *lib. 5. sentent. §. adulterium vers. de Jure autem Civile*, quo in loco, & *nu.* 69. docet quid hodie servandum sit; sunt denique qui rem ita explicant, ut dicant verum esse quod antiquissimis temporibus lege à *Romulo* lata pœna sanguinis irrogata crimini adulterij fuerit; sed postea cum per Cuosuetudinem introductum fuisset ut mitiùs adulteri punirentur, abrugata per dissuetudinem *Romulea* lege, id fuiße in causa ut lex *Iulia*, transigere de adulterio vetaret, sed taodem non abrogata hac prohibitione *legis Juliæ*, fuisse per posteriores Constitutiones sanguinis pœna denuò imposita, atque ita ratiocinantur post acutiss. *Ant. Perezium in prælect. in Codice ad tit. de transactionibus, &c.*

14 Sed quia circa adulterorum pœnas particularia statuta emanata sunt, & unaquæque Civitas, ut expeditiùs ei visum est, & è re sua, pœnam huic delicto impusuit; vix est, ut possit certa Regula statui, & asserere hoc, vel illo modo nunc hodie plectendos adulteros licet varias pœnas quæ irrogari solent enumeret *Clarus* loco citato, & Collectores *communium opinionum tom. 3. loco 8. tit. de maleficijs cap. 8. circa finem.*

15 In hoc autem Regno Neapolitano quamquàm pœna certa huic crimini irrogata sit per *Constitutionem* incipiëtem *legum asperitatem* ad quam videndi *Afflictus in comment.* ad eamdem, & *Francus decis. 240. num. 5.* attamèn adhùc in ea infligenda variatum est, & nisi delicto adulterij adjuncta alia sit prava qualitas, vix gladio invenies sævitum in delinquentes, ut hi, qui de criminibus ad Praxim tractant passim advertunt. Quomodo autem in hoc crimine procedatur; Et quomodo Reus inquiri, aut defendi possit *Follerius* docuit in sua praxi *sub rubrica de forma capitulorum in pluribus delictis cap. 1. de crimine adulterij*, quo in loco, & illud post *Afflictum* monet receptum apud nos, ut in hujusmodi crimine non aliter procedatur à Judice, quam ad partis querelam, nisi adulterium notorium foret, quod idem *Afflictus* adverrit *decis. 176.*

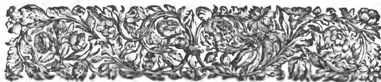
16 Porrò solet etiam in hac materia apud *Pragmaticos* quæri, an adulterij crimen publicum, an verò privatum dicendum sit, & magis commuoitèr concluditur, privatum crimen esse, ut notat *Clarus* loco supracitato, *& Farinacius quæst. 141. nu. 34. in praxi crim. lib. 5.* quamvis *Afflictus, & ex eo Grammaticus decis. 31. num. 6.* distinguendum esse voluerint, & quidem privatum esse ajebant à principio, deindè publicum effici, quando nomen adulteri receptum est inter reos. Videas addentes ad *Clarum ubi supra num. 13.*

17 Illud verò, quod *Faber* notat in hoc eodem capite *num. 5.* de crimine raptus, & Nostri quoque tractare solent, dum agunt, an
in crimine raptus transactio licita sit, &
18 communitèr affirmant post *Alex. in hac l.*
transigere num. 5. Curtium Juniorem num. 35.
Gabrielem cons. 172. n. 43. unde relatum ita est
19 *in commun. opin. tomo 6. de contractibus*
loco 4. cap. 4. quod dicunt quoque *de crimine*
falsi, ex Comentarijs *Romani ad hanc eandem*
l. transigere, & ex *Curtio, & Claro d. §. fin. q. 58.*
atque ità in hac re intèr *Pragmaticos*, & *Fa-*
20 *brum* convenit. Cæterùm illud ingenuè fateri opus est, quod si horum sententiã admittas, hujusmodi transactionibus Justitiæ decori observantiæ publicæ etiam vindictæ, & dignitati non parum derogatum videbimus; ut benè exclamat *Cravetta cons. 488.* ideòque vel ex eo, quod quis transigit puniendus foret; nàm pro confesso haberi posset saltèm aliquando; ut edocemur à *Misingerio cent. 6. observ. 102. num. 13. lib. 1.*

Finis Secundi Libri.



D.HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS.

LIBER TERTIUS.



CAPUT I.

De Natura Prætoriarum cautionalium stipulationum.

SUMMARIUM.

1 *Ex tribus speciebus cautionum Pratoriarum tertiam selegit Faber de eaque hic agit.*
2 *Longè differt sensus Florentina lectionis à sensu lectionis vulgata.*
3 *Respondetur ad l. si sub conditione 21. D. de acceptilationibus, & ad l. Sticcum 8. §. 1. D. de novationibus.*
4 *Explicatur l. dotem 30. D. de jure dotium.*
5 *Explicatur l. ultima D. de novationibus.*
6 *Explicatur l. exempto D. de act. empti.*
7 *Et l. inter omnia 12. D. qui satisdare.*
8 *Et l. pater D. rem ratam haberi.*
9 *Et l. 1. D. de cautionalibus stipulationibus.*
10 *Quid Pragmatici, & Repetentes.*
11 *Non semper secundi contractus novant.*
12 *Novatio fieri debet per verba expressa aut elici ex certis conjecturis.*
13 *De eo qui in locum alterius se obligat.*
14 *Si in delegatione promissa exigibilitas fuerit non sequetur novatio.*
15 *De vera tex. sententia in l. intèr causas 26. §. abesse D. mandati.*
16 *De creditore negligente in exigendo.*
17 *Non imputatur negligentia ei qui scit jus suum duraturum.*
18 *Sunt qui etiam sequuta novatione agi posse pristina actione putant.*
19 *Nostri multa requirunt ad inducendam novationem.*
20 *De literis cambij acceptatis.*

1 CUm tres species stipulationum prætoriarum Juris Cousulti constituant; Judicialium nempè unam: communium: alterā & cautionalium, tertiam, *l. 1. D. de pratorijs stipulationibus Faber* in præsenti primis duabus omissis, de tertia specie, nempè de stipulationibus cautionalibus agit, & nonnulla à Doctoribus hinc indè mutuò sumpta tanquàm propria proponit; investigemus tamèn, an à nobis recipienda ea sint.

2 Et primò recipiendum non esse constat, quod sub *num. 2.* scribit scil. eundem sensum esse

ris actum; sed posterioribus temporibus adversùs eos constitutum volunt, ut gladio punirentur, & ità sentiunt *Covar. in epit. de sponsalibus par. 1. cap. 7. num. 16. Menoch. dicto casu* 419. *Julius Clarus*, qui id esse de communi opinione testatur *lib. 5. sentent. §. adulterium vers. de Jure autem Civile*, quo in loco, & nu. 69. docet quid hodie servandum sit; sunt denique qui rem ita explicant, ut dicant verum esse quod antiquissimis temporibus lege à *Romulo* lata pœna sanguinis irrogata crimini adulterij fuerit; sed postea cum per Consuetudinem introductum fuisset ut mitiùs adulteri punirentur, abrogata per dissuetudinem *Romulea* lege, id fuiße in causa ut lex *Iulia*, transigere de adulterio vetaret, sed tandem non abrogata hac prohibitione *legis Juliæ*, fuisse per posteriores Constitutiones sanguinis pœna denuò imposita, atque ita ratiocinantur post acutiss. *Ant. Perezium in prælect. in Codice ad tit. de transactionibus, &c.*

14 Sed quia circa adulterorum pœnas particularia statuta emanata sunt, & unaquæque Civitas, ut expeditiùs ei visum est, & è re sua, pœnam huic delicto imposuit; vix est, ut possit certa Regula statui, & asserere hoc, vel illo modo nunc hodie plectendos adulteros licet varias pœnas quæ irrogari solent enumeret *Clarus* loco citato, & Collectores *communium opinionum tom. 3. loco* 8. *tit. de maleficijs cap. 8. circa finem.*

15 In hoc autem Regno Neapolitano quamquàm pœna certa huic crimini irrogata sit per *Constitutionem* incipiētem *legum asperitatem* ad quam videndi *Afflictus in comment.* ad eamdem, & *Francus decis. 240. num. 5.* attamèn adhùc in ea infligenda variatum est, & nisi delicto adulterij adjuncta alia sit prava qualitas, vix gladio invenies sævitum in delinquentes, ut hi, qui de criminibus ad Praxim tractant passim advertunt. Quomodo autem in hoc crimine procedatur; Et quomodo Reus inquiri, aut defendi possit *Follerius* docuit in sua praxi *sub rubrica de forma capitulorum in pluribus delictis cap. 1. de crimine adulterij*, quo in loco, & illud post *Afflictum* monet receptum apud nos, ut in hujusmodi crimine non aliter procedatur à Judice, quam ad partis querelam, nisi adulterium notorium foret, quod idem *Afflictus* advertit *decis. 176.*

16 Porrò solet etiam in hac materia apud *Pragmaticos* quæri, an adulterij crimen publicum, an verò privatum dicendum sit, & magis communitèr concluditur, privatum crimen esse, ut notat *Clarus* loco supracitato, & *Farinacius quæst. 141. nu. 34. in praxi crim. lib. 5.* quamvis *Afflictus, & ex eo Grammaticus decis. 31. num. 6.* distinguendum esse voluerint, & quidem privatum esse ajebant à principio, deindè publicum effici, quando nomen adulteri receptum est inter reos. Videas addentes ad *Clarum ubi supra num. 13.*

17 Illud verò, quod *Faber* notat in hoc eo-
dem capite *num. 5.* de crimine raptus, & No-
stri quoque tractare solent, dum agunt, an
in crimine raptus transactio licita sit, &
18 communitèr affirmant post *Alex. in hac l.*
transigere num. 5. Curtium Juniorem num. 35.
Gabrielem cons. 172. n. 43. unde relatum ita est
19 *in commun. opin. tomo 6. de contractibus*
loco 4. cap. 4. quod dicunt quoque *de crimine*
falsi, ex Comentarijs *Romani ad hanc eandem*
l. transigere, & ex *Curtio, & Claro d. §. fin. q. 58.*
atque ità in hac re intèr *Pragmaticos*, & *Fa-*
20 *brum* convenit. Cæterùm illud ingenuè fa-
teri opus est, quod si horum sententiā admittas, hujusmodi transactionibus Justitiæ decori observantiæ publicæ etiam vindictæ, & dignitati non parum derogatum videbimus; ut benè exclamat *Cravetta cons. 488.* ideòque vel ex eo, quod quis transigit puniendus foret; nàm pro confesso haberi posset saltèm aliquando; ut edocemur à *Misingerio cent. 6. observ. 102. num. 13. lib. 1.*

Finis Secundi Libri.



D.HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS.

LIBER TERTIUS.



CAPUT I.

De Natura Prætoriarum cautionalium stipulationum.

SUMMARIUM.

1 *Ex tribus speciebus cautionum Pratoriarum tertiam selegit Faber de eaque hic agit.*
2 *Longe differt sensus Florentina lectionis à sensu lectionis vulgata.*
3 *Respondetur ad l. si sub conditione 21. D. de acceptilationibus, & ad l. Sticcum 8. §. 1. D. de novationibus.*
4 *Explicatur l. dotem 30. D. de jure dotium.*
5 *Explicatur l. ultima D. de novationibus.*
6 *Explicatur l. exemplo D. de act. empti.*
7 *Et l. inter omnia 12. D. qui satisdare.*
8 *Et l. pater D. rem ratam haberi.*
9 *Et l. 1. D. de cautionalibus stipulationibus.*
10 *Quid Pragmatici, & Repetentes.*
11 *Non semper secundi contractus novant.*
12 *Novatio fieri debet per verba expressa aut elici ex certis conjecturis.*
13 *De eo qui in locum alterius se obligat.*
14 *Si in delegatione promissa exigibilitas fuerit non sequetur novatio.*
15 *De vera sex. sententia in l. inter causas 26. §. abesse D. mandati.*
16 *De creditore negligente in exigendo.*
17 *Non imputatur negligentia ei qui scit jus suum duraturum.*
18 *Sunt qui etiam sequuta novatione agi posse pristina actione putant.*
19 *Nostri multa requirunt ad inducendam novationem.*
20 *De literis cambij acceptatis.*

1 CUm tres species stipulationum prætoriarum Juris Consulti constituant; Judicialium nempè unam: communium: alterã & cautionalium, tertiam, *l. 1. D. de pratorijs stipulationibus Faber* in præsenti primis duabus omissis, de tertia specie, nempè de stipulationibus cautionalibus agit, & nonnulla à Doctoribus hinc indè mutuò sumpta tanquàm propria proponit; investigemus tamèn, an à nobis recipienda ea sint.

2 Et primò recipiendum non esse constat, quod sub *num.* 2. scribit scil. eundem sensum

esse

esse in verbis Florentinæ lectionis, quæ in *d. l.* 1. habet, *ut nova fit actio*, quàm in verbis vulgatæ ubi legimus (*ut fiat novatio*) quando longe aliud Florentina lectione, quam vulgata exprimitur; in illa enim, & si datur nova actio, cum de pristina nulla mentio fiat poterit dici, adhùc quod si adsit remaneat, atque ità, detur nova, priore, & vetere remanente; in hac enim, idest in vulgata prorsùs prior actio perempta supponitur, dum fieri novatio dicitur; nisi verbum novatio non in suo rigoroso significatu sumendum sit, sed aliquanto impropriè cum *Accursio*, dicendumq; fieri quidem novationem, sed quoniam aliquid novi additur naturæ prioris negotij, non quia prorsùs prior actio perimitur, sicut dicere solemus, cum per litis contestationem asserimus actionem novari. Sed hoc sensu recepto, & in eo vulgata lectione admissa, aut Florentina potiùs retenta, verum esse non poterit, quod idem *Faber* contendit, hujusmodi cautionales stipulationes omninò primævam actionem novare, & antiquare, ut & *Gl.* & *Repetentes* antiquitùs dicebant; quoniã ut dictum est, vel remanet vetus actio, si adsit, & facit ut propriè, & rigorosè cautionalis stipulatio, non novet: vel non remanet, quia non adsit, & quia non invenit actionem, quam novet: & nil aliud facit, quam, ut sit nova actio; ut exemplo est stipulatio de damno infecto, quę inter cautionales enumerata, nullam invenir actionem, quam novet *l.* 6. *l. prætor ait* 7. *D. de damno infecto*, cum tamèn faciat ut nova sit actio, ut cuique patet.

3 Secundò nec sententia illa de novatione omninò facienda per stipulationem cautionalem recipienda est; nam neq; probatur ex *l. sub conditione* 2 1. *D. de acceptilationibus* neq; *in l. Sticcum* 8. §. 1. *D. de novat.* quibus *Faber* abutitur, jura enim illa novationem ideò admittunt, quoniàm ità actum esse, ut novaretur supponunt, en verba aperta quæ extant in *d. l. si sub conditione* (*legatum mihi datum, novandi causa stipulatus sum*) & in *d. l. Sticcum* 8. (*legata, & fideicomm. si in stipulationē fuerint deducta, & hoc actum, ut novetur fiet novatio*:) Ex his autem verbis, quis non intelligit nequaquam sufficere simplicitèr fuisse stipulatum ad nouationem inducendam; sed oportere, ut fuerit stipulatum novandi causa, & hoc actum expressè, ut novetur, Nã tunc fiet novatio; Sanè in specie *l. Sticcum* 8. cum proponatur *Sejum* stipulanti spopõdisse se daturum, quod Titius promiserat; quæraturque postea, an id actum esset, ut *Sejus* deberet. (dum validam fuisse stipulationem supponitur:) videtur quæri, an solus deberet *Sejus*, atqui solus debere non poterat, nisi novandi causa ab eo stipulatum foret, alioqoin non solus debuisset. Ergo à ptimo ad ultimum concludendum erit in *d. l.* 8. novationem per necessariam saltem consequentiam à contrahentibus exquisitam, & voluntariè expostulatam, & ab illis ideo stipulatum, ut novaretur.

4 Sed non ità actum esse semper interpretabimur; ideòque non semper novationem fieri admittemus quidquid *Faber* suadeat ex *l. dotem* 30. *D. de jure dotium*, non videns ibi speciem propositam ità expostulasse; ideòque id actum, ut Novaretur *Papinianum* supposuisse: quod generalitèr dici non potest: & indistinctè undè in *l. si pupillus* 9. *D. de novationibus*, omninò opus fuit, ut pupillus pubes factus novandi animo stipulationem ratam habuisset, ut novatio sequeretur.

5 Igitur, quod *Justinianus* ait in *l. ultima C. de novationibus*, ab se constitutum, ut novatio non præsumeretur facta, nisi ità fuisset expressum; non sic accipiendum est, quasi apud antiquos indistinctè fuisset receptum, ut statim, quod nova obligatio fiebat antiqua novaretur; sed ità, quod quoniam apud antiquos ex quibusdam verbis, aut factis elici novatio solebat, & variæ oriebantur difficultates in cognoscendo, & verificando, an verba illa, aut facta, quæ proponebantur interfuissent, necnè, & proindè an novatio intervenisset, has omnes difficultates, & altercationes recidens *Justinianus* constituit; ut non alia verba, nisi expressa, & potentia novationem importarent.

6 Porrò quod *Faber* ex propositionibus illis alternativis exstantibus in *l. exempto* 11. §. *qui autem D. de act. empti, & in l. sed & si* 18. *D. de evictionibus* probare conatur, interposita stipulatione duplæ, non esse locum actioni ex empto perridiculum existimat *Bacovius* in notis ad *Treutl. volum.* 2. *disp.* 2. *Thesi* 6. *lit. A. vers. & quamvis*, at ego existimo nedum probari ex dictis juribus *Fabri* sententiã nõ posse sed vel ex eo, quod *Paulus in citata l. sed & si* 18. ait *ex empto, & ex stipulatione agi posse*, satis apertè indicari utramque actionem superesse; nec effugit ipse *Faber*, dicendo agi tùm posse ex empto cum stipulatio non fuerit interposita; nàm replicatio in promptu est. Scilicet, quod hæc responsio insulsum facit J. Consultum qui de hac re nos velit esse monitos; quando nemo est, qui nesciat, quod stipulatione non adhuc interposita ex stipulatu agi non possit; ideòqoe necessarium esse, vt prima actione agatur. Cæterùm, & si nos ex stipulatu actionè priorè, Actionẽ nullo modo novare dicamus; fatemur tamèn illius vim, & vigorem diminuere; dum illius usum adeò vetat, & inhibet, ut quandiu ex stipulatu agi possit, hac actione agere creditor debeat non illa; nam cum contentus actione priore esse poterat, maluit hanc novam acqui-

quirete, hac uti nunc cogitur, & si prior adhùc superfit, qua tum demum vtetur, quando hac secunda uti non poterit, & hoc sanè est quod evenit in *l. si servum 4. D. de act. empti*, qua hic *Faber* abutitur; siquidem ibi quanquā duplæ stipulatio intervenisset; ideò agi permittitur primæva actione ex empto, quia ex illa stipulatione duplæ agi tunc non poterat, ut similitèr evenit in specie §. *si modus cit. l. ex empto D. de act. empti.*

7 Planè quid sibi *Faber* velit non constat, in explicatione *l. inter omnes 12. D. qui satisdare cogantur, & l. Paulus 8. D. de præto. stipulat.* non constat sanè, nam convincere, ex illis conatur; quòd stipulatione interposita ab hærede sub conditione scripto, qua caveat substituto de hæreditate ei restituenda, statim actiones, quæ ex testamento competebant eidem substituto novantur, cum tamèn minime hoc in citatis juribus scriptum extet; tractant quidem in illis *Vlpianus. & Paulus* de interponenda in proposita specie stipulatione, & fatentur committi eam, existente cōditione; at hoc non est dicere quod actiones ex testamento penitùs submoventur, & per interpositam cautionem novantur.

Simili modo respondetur ad *Fabri* argumentum, quod desumere conatur ex *l. fistula 18. D. de servit. urban. præd.* scil. nunquam illud ex *d. tex.* elici aut fundari, siquidē in illo *Pomponius* ait poße me qui actionem in factum habeo etiam damni infecti à te stipulari; at ex hoc non sequitur: igitur, etsi ità actum non sit, adhùc actio in factum ex sequuta stipulatione damni infecti novata remanebit: nam & hoc est quod in controversiam venit.

8 Quod autem scribitur in *l. Pater ultima §. ultimo D. rem ratam haberi* (*argumentum rei, quod si nulla stipulatio interposita sit condictio locum adversùs procuratorem habitura sit*) non sensum illom habet, quod non aliter cōditio locum habitura sit, quam si nulla intervenerit stipulatio: sed potiùs illum, quod etsi stipulatio non intervenisset, adhùc cōdictioni locus foret eaque competeret. Quanquam etiam si primam explicationem admitteremus, atque dixiſſē velimus Juris Consultum condictioni locum esse si stipulatio non intervenerit adhùe non rectè à contrario sensu cum *Fabro* dicetur: ergò si intervenerit stipulatio, non erit condictioni locus: tutum enim argumentom à contrario sensu, dum tot in adversum faciunt, non desumitur.

9 Denique ad *Fabro* expositionem ad *l. 1. D. de caut. stipulationibus*, in illis verbis *instar actionum habere*, quàm affert hic à *n. 6.* usque ad finem. Respondemus recipiendam eam nō esse; etenim, cum ut diximus prima actio, etiàm post interpositam cautionalem stipulationem remaneat nec prorsùs extinguatur, opus non erit asseverare, quod nova actio pristinæ actionis induat naturam, & ad instar illius fiat: sed potiùs dicendum, quod citata verba *ad instar actionū* significēt, quod hujusmodi cautionalibus stipulationibus interpositis nascatur ad beneficium Creditoris jus quoddam, quod licet actio non sit peculiaris, est tamèn ad instar pristinæ actiunis, & ad exemplum illius altera actio.

10 Sed satis cum *Fabro*. Videamus nunc quid alij velint, eorumque dicta perpendamus. Et quidem primò Repetētes post *Accursium, & Bart.* vulgatam sequuti lectionem in *l. 1. de præt. stipulat.* novationem admittunt propter sequutas prætorias cautionales stipulationes, non tamèn admittunt generalitèr, & semper, ut *Faber*; sed in quibusdam dumtaxàt casibus, quos enumerant, quanquàm Asseclæ Pragmatici ferè omnes existimant, hanc novationem non rigorose talem esse, sed impropriè, eamque fieri non pristinam actionem auferendo, & antiquando, ut propriè novatio facit, sed cumulativè, & ei novam formā adijciendo, atque ad id probandum expendunt, præcipuè tex. *in l. obligationum fere 43. §. fin. D. de actio. & obligat.* & in *l. duobus D. de except. & rei jud. & in l. 1. C. de judicijs* & utuntur authoritate *Mantica de tacitis, & ambig. lib. 17. tit. 1. nu. 3. & Gratian. discept. cap. 290. num. 7.*

11 Ex hoc autem dedocent, quod non semper secundæ stipulationes sivè potiùs secundi cōtractus, qui fiunt, priores novant, & antiquant, cum aliquando fiant in executionem primorum, de quibus *Surdus cons. 298. num. 4 Gratian. discep. cap. 553. n. 23. Amatus resol. cap. 57. num* 18. aliquando fiant, ut species in primo contractu promissæ: in pecuniam per secundum transmutentur, de quo *Muta dec. 33. num.* 23. & aliquando etiam fiunt, ut secundo illo contractu securior Creditor reddatur; nàm etsi expressis verbis dictum non fuerit, fieri tamèn secundus solet, cautelam cautelis addendo, & absque præjudicio jam primo loco factarum: atque ita intelligi contractum, & hac præmissa protestatione ex *l. 2. in fine D. de novat. & l. fin. C. de novat.* sentiunt Nostri cum *Crivello dec. Dolana* 111. *n.* 21. & *Consil. Staibano resol. 7. n. 25.*

Secundò notant *Repetentes*, & Pragmatici quod nunc ex Constitutione Justinianea nullo casu novatio fit, nisi expressis verbis ità fuerit cautum, ut notavit de *Franchis decis. 15. num. 1. & dec. 155. num.* 10. & ad eum Addentes, *Tesaurus dec. 125. n. 9. Mastrillus dec. 4. n. 4 Ant. Amatus variar. resol. c. 89. n. 9.*

12 Et tamèn ijdē postmodum, ut solent hanc regulam limitandam volunt, si conjecturis appareat contrahentes novare voluisse, licèt

id

id non expreſſerint verbis. *Hodedens conſ.40 lib.2. Lanar.conſ.23. Trentacinquius conſ.4. et conſ.75. lib.1. & lib.3. variar. reſol. tit. de novat. reſol.1. Surdus conſ.145. & 345. Afflictus dec. 44. ibique Vrſillus, Maſtrillus dec.40. lib. 1. Caſtillus dec.5. & dec.69. lib.1.* alijque, cum quibus *Menochius 3. præſumpt. cap.134. Maſcardus de probat. concl. 1112. & citatus Conſil. Staibanus d. reſol.7. num.* 2. qui omnes dum ità loquuntur, ut varijs ſub prætextibus novationem admittant etiam expreſſis verbis non factam, nedum ab ipſiſmet allatam Regulam deſtruunt, ſed & *Juſtiniani* Conſtitutionem prorsùs inanem, & ſupervacaneam reddunt. Nàm ſi verum eſt, quod ſuprà monuimus. Jure ante *Iuſtinianum* vigente, adhùc obtinuiſſe, ut novatio tùm ex verbis, tùm etiam ex conjecturis elici poſſet, aut ex factis quibuſdam, ut eveniſſe dicebamus in *l. ſub conditione 31. D. de accept. l. Sticcum 8. §.1. D. de acceptationibus*, non aliud certè *Iuſtinianus* poſtea voluit, quam id tollere, & ſua nova Conſtitutione inducere, ut conjecturis, & factis ad faciendum novationem uti non poſſemus.

13 Tertio ad materiam *l. Sticcus 8. §.1. D. de novationibus*, in qua habetur, quod cum quis promittit, ſe ſoluturum, quod alius debet, novatione facta, ipſe ſolus debitor remanet; adnotant Noſtri, quod inter modos, quibus fieri novatio ſolet, unus hic eſt; cum ſcilicet quis in locum alterius, qui debeat, ſe obligat Creditori, ut *Baldus* explicat in *l.2. nu.2. C. de execut. rei jud. & Alexãder, Caſtrenſis in l. Delegare D. de novat. Barzius deciſ.26.* & alij, adversùs quos tamèn ſunt nonnulli, qui diſputant, & diſtinguendum volunt, videndumq; an is, qui pro alio ſe obligat Creditori, debitor ſit prioris promiſſoris, an non; Et quidem, ſi debitor non ſit, novationem non intercedere autumant, ſaltèm *Juſtinianea* inſpecta Conſtitutione; quoniàm ad inducendam novationem non ſufficit ſolus interventus novæ perſonæ: ut Ratiocinantur *Vrſillus ad Afflictum deciſ.153. num.1. Muta deciſ.33. num.18. Caſtillo deciſ.48. Gratianus diſcept. forenſ. cap. 290. & Maſcardus concluſ. 1117.* quorum ſanè ſententia non oppugnatur ex *tex. in cit. l. Sticcus*; nàm aut ille ad jus Digeſtorum pertinet, aut in illius ſpecie non ſimplicitèr nova intervènit perſona, ſed cum expreſſa novandi conventione. At ſi debitor qui ſe obligat, ſit prioris promiſſoris, & tanquàm talis delegatione facta in vicem illius Creditori promittat, vulgò concludunt novationem fieri ex adductis à *Rota Genuenſi deciſ.4 num.18. Surdo deciſ.14. & deciſ.187.* ubi materiam hanc delegationis luculentèr explicat in additionibus *Conſiliarius Hodierna*, & præcipuè quæſtionem illam quid dicendum, ſi debitor hic delegatus delegatario non ſolverit, ſed ſe ſoluturum promiſerit.

14 Cæterùm quantumvis interveniant Requiſita ab *Hodierna* ubi ſupra notata, & Delegatio cum omnibus clauſulis fiat, ſi tamen in ea promiſerat Delegans ſe facturum, curaturumve, ut debitor ceſſus ſolvat ceſſionatio: nunquàm novatio ſequetur, niſi de facto ſolutio ſequatur, ut *Baldus advertit in l. pro debito verſ. ex contra quæritur D. de bonis, aut. Jud. poſſid. Surdus in cit. deciſ.23. ſub nu.9.* quorum ſententia fulcitur aperta illa Ratione, quod qui ità promittit, & ſi deleget, delegati tamèn nominis exigibilitatem promittit, quod facit ut ſemper ipſe qui delegavit, nedum ad evictionem nominis certi, ſed ad faciendum eum locupletem, & ſolvendum obligatus remaneat; Quid tamèn hæc obligatio importet, & quando locum ſibi vindicet, intèr *Pragmaticos* noſtros egregiè docuit *Conſil. de Roſa conſult. 7.* in qua etiam *num.75.* advertit, quod ſi quis exigibilitatem Creditori promiſiſſet nominis à ſe ceſſi, verùm Creditor promiſſione illa non contentus, maluit à debitore nominis ſibi ceſſi ad ſui beneficium novam obligationem recipere; ſi posteà nomen fuerit decoctum, aut non ſolvendo effectus non habebit recurſum adversùs cedentem, licèt ille exigibilitatem promiſiſſet; quod quidem probatur autoritate *Menochij conſil.778. num.33. Soccini, Gozzadini*, & aliorum, item *Belloni deciſ.2. nu.3. Cencij de cenſibus tomo 1. quæſt.72. num.23.*

15 At non item ex adducto *text. in l. inter cauſas 26. §. abeſſe D. de mandato*, ut idem credidit *de Roſa* non animadversùs textum illam nimis generalem Regulam proponere, & quæ pertineat ſolùm ad ſimplicem delegationem, ideſt ad eam, quam ſimplicitèr, & ut dici ſolet in ſolutum creditor recepit, & quæ vice ſolutionis ei eſt; nam ut notat rectè *Gothofredus* ibidem ex *l.1. & 11. D. de ſeparationibus*, tùnc imputatur creditori, quòd tale nomen receperit, nec alium magis idoneum elegerit. At cum hæc ratio locum habere non poſſit, cum creditor non ſimplicitèr nomen in ſolutũ recepit, ſed facta ſibi de exigibilitate illius promiſſione, nã hoc caſu non poteſt ei quidquam imputari, cum non in ſolutum ſimplicitèr receperit; ſed ſub illa conditione, ſi exigibile invenietur: ſequitur ut & citati tex. diſpoſitio ad hunc caſũ trahi, & adaptari non poſſit: nam cum poſtea novam obligationem à ſibi ceſſo nomine exigit non videtur creditor à priori conventione recedere, ſed in executionem illius ſatagere ut ſibi ſolvatur: atque ità textus diſpoſitione inſpecta, nonniſi ſolutione demùm facta debitorem principalem liberari dicendum foret: Niſi

dixe-

diximus hanc secundam obligationem, ideò interpositam, ut priorem omninò antiquaret, & promissionem de exigibilitate, facta novatione tolleret, nàm hoc in casu, quod *Rosa* advertit locum habere poterit, sed debebit hæc novatio ex *Iustiniani* præcepto apertis verbis, & expressis fieri.

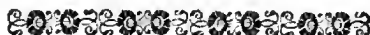
16 Rursùs & illud etiam, quod idem *Consiliarius de Rosa* adnotavit sub *num.* 77. quod omnis, qui exigibilitatem promisit, non tenebitur decocto nomine, si creditor negligens fuerit, in exigendo, & cum potuisset exigere, facere id neglexit; quoniam ei propria ignavia, & culpa imputabitur, ut *Ruinus, Decius, Beccius, Mantica, Mangilius, Gusman, Cancerius, Tesaurus, & Ciriacus* citati ab eodem *Rosa* autumabant, & cum eis *Olea de cess. Iurium tit.* 7. *quæst.* 3. *num.* 59. *& Andreolus lib.* 1. *controv.* 115. in dubium facilè poterit revocari; nàm si verum est, quod promissio exigibilitatis facit, ut non sequatur absoluta, & propria Delegatio; ideoque nec novatio interveniat, nec delegans liberetur, ut *DD.* omnes fatentur, cum quibus *Scaccia de commer.* §. 2. *Glossa* 5. *num.* 286. *Gratianus tomo.* 1. *discept. cap.* 64. *& cap.* 527. & diximus de eo, qui se cutaturum, promisit, ut cessus debitor solvat ex modo citata *decis.* 23. & notatis ab *Hodierna in cit. decis.* 187. post *Bart. in l. fin. D. ad Maced. Decium cons.* 102. *n.* 1. *& Mangilium de evict. q.* 19. sequitur non esse imputãdum Creditori, quod negligens fuerit in exigẽdo à cesso nomine; siquidem cũ non simpliciter illud acceperit, sed de exigibilitate se cautum reddidit, scit jus suum donaturum, & scit non tàm curæ sibi esse debere exactionem, quam debitori qui nomen delegavit, cujus interest, ut solutio debita sequatur, nàm aliàs nunquam liberabitur, & ità sanè sentisse videntur *Surdus cons.* 528. *n.* 14. *Marescottus* 2. *variarum cap.* 11. *num.* 5. *Rota Romana coràm Mellino in ea decis. de qua testatur Cons. Hodierna loco supra citato.*

17 Insuper illud quoque adnotandum est in materia, de qua agimus, quod adversùs eum, qui nominis cessi exigibilitatem promisit, poterit Cessionatius via etiam executiva agere, ut locuples, & solvendum nomen præstet: ut post *Cassadorum decis. unica de mutuis petitionibus, Gallesium de oblig. Camerali par* 4. *quæst.* 1. notavit *Rota Romana in novis decisionibus coram Meltio decis.* 35. post *tract. de cessionibus. Et Consiliarius Staibanus in observatis ad resolut.* 67.

18 Sed ad hanc materiam Novationis, quamquàm nònulli plus justo proclives sint ad eam admittendam; sunt tamen plerique, qui adeò invisam eam habent, ut & si factam enervant illam, & futilem reddunt; ideoque post eam adhùc actione pristina agi posse contendunt cum *Mastrillo decis.* 119. de quo meminit

19 *Staibanus* ubi supra. Sunt etiam qui tot exquirunt cumulativè ad eamdem novationem inducendam cum *Hodierna ad Surdum ubi supra*, ut vix aliquando possit induci novatio, aut inductam fuisse pronunciari.

20 Denique & illud apud Nostros receptum est, quod si quis centum Titio debens Apocam ei faciat, vulgò, cambij literam, in qua mandet Sempronio, ut eidem Titio centum solvat; si creditor qui illam recepit, Sempronio ostendat, & Sempronius ostensionem sibi factã, ut fieri solet, acceptaverit, & id in calce ejusdem literæ adnotaverit, statim sequetur novatio, statimque scribens erit liberatus. Ità *Scaccia de commerc.* §. 2. *Glossa* 5. *num.* 63. *& num.* 242. *Afflictus decis.* 353. *num.* 5. *Rota Januensis decis.* 4. *Romana apud Puteum decis.* 167. Id, quod benè inter Mercatores, inter quos ità fieri receptum est, locum habere monuit *Hodierna*, ubi suprà post *Manticam*, & *Gabrielium* locis ab eo adductis.



CAPVT II.

De lectione l. in hoc 14. D. Communi dividundo.

SVMMARIVM.

1 *Recepta lectio tuenda.*
2 *Explicatur tex. in l. in hoc* 14.
3 *Inepta ostenditur Fabri emendatio.*
4 *Quæ & maucam reddit citatam legem.*
5 *Interpretum, & Pragmaticorum sententia eorumque distinctio.*
6 *Quid servandum in utilibus impensis.*
7 *De socio impendente in re communi.*
8 *De habitatione in re communi.*

1 CUm saltèm receptę lectionis Religio nos adeò tenere debeat, ut non temerè ad emendationem ipsius descẽdemus, si quoquo modo quod scriptum extat defendi possit; Quoniam in *l. in hoc* 14. *D. com. divid.* verba illa, quæ extant in vers. (*quæ cum ità sint,*) licèt prima facie subobscura, commodam possint interpretationem recipere, vel ex hoc solum *Fabro* assentiendum non erit, qui ea emendanda, & mutanda in præsenti capite contendit.

2 Nam etsi hæc, quæ *Paulus* his, quæ dixerat subijciat (*quæ cum ità sint, rectissime dicetur etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione*) paulò generaliùs dicta videantur;

tur; ideòque exposita Fabrianæ calumnia; attamèn quia ab illis sequentibus declatationẽ recipiunr ibi (*diversum enim est, cum quasi in rem meam impendo qua sit aliena, vel communis; hoc enim casu ubi quasi in rem meam impendo tantum retentionem habeo; quia neminẽ mihi obligatum volui, at cum puto rem Titij esse quasi Mævij, aut esse mihi communem cum alio quam est, id ago, ut alium mihi obligem*) nõ opus etit quidquam mutare; nàm satis intelligimus id, quod anteà aliquantulum generalitèr prolatum fuerat non esse porrigendũ ad eum casum, ut credit *Faber*, in quo quis impenderit in fundum communem, quem proprium existimabat, nam in eo, non cogitat de altero obligando, sed locum dumtaxat habere in ea specie, in qua is, qui impendit rem communem quidem esse sibi cum alio sciebat, sed credebat esse communem cũ Titio, quando erat cum Mævio; in hac enim quoniam qui impẽdit, cogitat de altero obligando, parùm refert, quod non Titius ille alter sit, sed *Mævius*: & sanè *Paulus in citata lege* gradatim procedit, & consequentias deducir ità ratiocinatus. Ex eo quod quis cum in communem fundum impẽdit putans proprium, habet dumtaxat detentionem; quoniàm non cogitat alrerum sibi obligare: sequirur, quòd qui impendir in fundum, quem existimat sibi communem cum Titio, licet appareat communis cum Mævio, habebit actionem, quoniàm cogitavit de altero obligando.

3 Cæterùm *Fabriana* coniectura ejusve lectio crebris teperitionibus *Paulum* insulsum reddir, unde reijcienda, quò enim hæc! *diversum est enim, cum quasi in rem alienam, aut communem, & cum quasi in rem meã impendo, quæ sit aliena, vel communis.*

4 Rutsù cum lectio ità emendata duos dumtaxat contineret casus; quorum primus, cum quis impendit in rem suam, sed quasi in alienam, vel communem. Secundus cum quis impendit in rem alienam, vel communem, sed quasi in rem suam; utrumque casum continet etiam recepta lectio, & insuper aliquos alios, ideòque, & ex hoc ab ea non recedendum quoniam emẽdario eam mutilat, ut non recessère Græci Basilicorum Authores; nàm *lib. 10. in tit. de rerum commun. divis. cap. 14. §. 1.* ità scripsère (*Si tamèn in rem communem, quasi in rem suam impenderit, & ab eo pars vindicetur, vel communis, & communi dividendo agatur partem sumptuũ retinebit, & qui ab eo emit; partem quoque impendiorum, quæ venditor fecit retinere potest; qui enim in rem communem cum alio, vel in rem alienam, quasi in rem suam impendit, tantùm retentionem habet, neminem enim sibi obligatũ voluit: Si tamen sciebat rem esse communem, erraverit autem in persona socij communi dividundo judicium competit, sicut cum Petri negotia curavit, cum putaret Pauli esse, adversùs Petrum negotiorum gestorum actionem habet.*

5 Hæc *Græci*; sed *Pragmatici* alia via ad explicationem hujus *l. in hoc* 14. accedunt; nàm distingunt primò inter impensas necessarias, & utiles, & in necessarijs impensis, sive is, qui fecit cogitaverit alterum sibi obligare, sivè tanquam in rem suam faciens, de altero sibi obligando non cogitaverit, semper habiturum actionem volunt, qua recuperare eas possit saltèm jure novo, & ex Constitutione in *l. domum C. de rei vindic.* quæ in fortiotibus terminis loquitur, & malæ fidei etiam possessori neceßariarum impẽsarum recuperationem concedit, ut explicãt *Covar. 1. variar. cap. 25. & 2. variar. c. 3. Cavalc. dec. 27. p. 1. Roman. singul. 336. & alij.*

6 At si de utilibus dumtaxàt impensis quæratur, animadvertendum ijdem dicunt, utrũ qui fecit, quasi in rem suam fecisset, an verò quasi in rem alienam, vel communem, quæ talis sit, licet in personam socij errasset; & primo casu, cum quis impendit tanquam in rem suam fatentur communiter locum esse dispositioni hujus legis, & tantummodo retentionem non item actionem cõpetere. Secundo autem casu, cũ quis tanquam in re aliena, vel communi impendit actionem negotiorũ gestorum habebit, ut vulgò cõcludunt, & latiùs disserit *Joannes Garzia de expensis, & meliorat. cap. 7. à n. 19. & cap. 19. num. 6.* licèt non desint quidam, qui nescio quam æquitatem ab impio, & iniquo *Carolo Molineo excogitatam* in hac materia affectantes sempet, & in omni casu utilem actionem dãdam ei, qui impendit contendunt, adversùs quos rectè disputat *Garzia in cap. 7. n. 20.*

7 Porrò quoad observationem illam, quam facit Juris Consultus in hoc textu, circa eum, qui cogirabat alium obligare, & eum, qui non idem cogitabat, sunt qui illam insuper habent: ideòque si quis ex socijs in lite mota contrà rem communem impensas fecerit facturus easdem, ut partem suam defenderet, & si quàm maximè cogitet de socio sibi obligando, sciatque rem cum altero communem habere, adhùc Eum non recuperaturum, quod impedit volunt *cum Natta cons. 248. Romano singul. 643.* ex quibus *Arism. Tepata sentent. lib. 2. sub tit. pro socio*, moventurque ea ratione, quod cum quis expensas facir, principalitèr eas ad utilitatẽ suam facir, & si postea etiã in alterius utilitatẽ illa redundent, ut *Natta ratiocinatur cons. 290. tom. 1.* & post eum *Magon. decis. Florentina* 136. ubi agit de illo, qui parietem à suo latere ædificat, ut domum fulciat suam, & concludit hunc à socio recuperare impensas non posse.

8 De-

8 Denique sicut socius in re communi impensas faciens tanquam in sua, & quia facturus easdem fuisset pro sua parte, quod impendit non recuperat, ità vice versa si ipse solus domum communem habitasset, & sciens cõmunem esse non propriam, socio absente, vel coovivente, non ideò tenebitur ad portiooem partis non suæ exsolvendam pensionis, ut *ex Jasone, Baldo, Gallo, & alijs* cõcludunt *Costa de portione quæst.* 55. *Surdus cons.* 160. *n.* 20. *vol.* 2. *Carocius de locate cap.* 2. *in tit. de socio habitante Reg. de Marinis quotidianarum cap.* 319. qui ulteriùs progreditur, & post *Francum dec.* 160. notat quod quotiès socius negat rem communem esse; locum non habebit, quod supra dictum est Cæterùm *Luca in observat. ex Mantica de tacit. lib.* 5. *tit.* 2. *num.* 7. scribit quod quoties vnus ex socijs tota re utitur, eaque prædlum rusticum est, debet fructus communicare de quo videas etiã *Gomezium, & ad eum Aylum tom.* 2. *tit de locate num.* 14. & seq. at si prædium urbanum fuerit, parsque una sit sufficiens socio eo utenti, & tunc qui ntitur nil tenetur reficere socio; at si pars sufficiens non erat tenebitur, vide eundem ubi supra.



CAPVT III.

De novatione Digestorum jure.

SVMMARIVM.

1 *Sibi Faber adversatur.*
2 *De illius sententia.*
3 *Explicatio l. scire debemus* 29. *D. de verborum oblig.*
4 *Explicatio l. qui usumfructum* 58. *D. eodem.*
5 *Fabri ratiocinatio adversus Julianum.*
6 *Explicantur l. si is cui decem, & alia jura sub tit. de novationibus.*
7 *Defensio Accursij.*
8 *Pragmatici admittunt novationem in necessariam consequentiam, & quando sunt contractus incompatibiles.*
9 *Sed non admittunt in dote.*
10 *Etiam si unus ex contractibus majorem summam, quam alter contineat.*
11 *Etiam si forent incompatibiles.*
12 *Novatio non sequetur si contrahentes sibi reservaverint primava jura.*

1 Scripserat *Faber cap.* 1. hujus libri sub *num.* 2. quod id quod dicitur io *l. si sub conditione* 11. *D. de acceptilat. & in l. Stiecum* 8. §. 1. *D. de novat.* scil. ità demùm novari actionem, ex testamento, si id actum sit, non eo pertinet ut specialitèr id agi, ut novetur oporteat (hoc enim primum nova *Justiniani* Cõst. inductum est in *l. ult. C. de novationibus,*) sed ut novationem semper fieri intelligamus, nisi specialitèr in contrarium actum fuerit; in principio tamèn hujus capitis oppositum asseverat scribens juris veteris Regulam fuisse, non alitèr novationẽ fieri, quàm si intèr contrahentes id actum sit *l.* 2. *D. de novat.* indè
2 in numeris sequentibus, in suo persistens errore defendit Digestorum jure semper novandi animum affuisse præsuppositum; ideoq; quotiès Juris Consulti, ut ità actum fuerit exquirunt, ità factum esse supponere; & ad hoc pleraque Juris capita adducit, quæ an id probent investigare operepretium erit, &
3 Primò *Responsum in l. scire debemus* 29. *D. de verbor. oblig.* affert, & in illo asseverat novationem non factã, si ab eo, qui decem debebat, posteà decem, & quinque stipulentur: cum tñ aliter *Vlpianus* ratiocinetur, dum per modum Regulæ generalis proponit tot esse in proposita specie stipulationes quot sũmæ; nàm hæc regula Fabtianæ assertioni se opponit; siquidem ex ea, sequitur, quod novatio nequaquam intercedere possit, si is, qui decem stipulatus fuerat decem, & quinque posteà stipuletur; quoniam hæc secunda stipulatio est de summa diversa à prima, & de separata quãtitate, & hinc cum sit alterius quãtitatis alia stipulatio est, & de re diversa; unde primam noo novat; tantò magis quod vix eredi potest, patrem familias, qui scit jàm sibi decem debita id agere, ut ab eodem eadem decem promissa, denuò sibi promittaotur frustatoriè, & non potiùs, ut alia quindecim ultrà priora decem acquirat, satagere.

4 Secundò ait *in l. qui usumfructum* 58. *D. eodem* novationem fieri, si is qui usum, vel iter fuerat priùs stipulatus; deinde usumfructum, vel actum stipuletur, quoniam postèriori hac stipulatione ampliùs quam prima continetur; Sed ne hoc quidem à Juris Coosulto dictum in citata *l. usumfructum*, invenies. fatetur, quidem ille eum, qui usumfructum stipulatus est, deinde fundum, similem esse ei, qui partem fundi stipulatus, deinde totum stipuletur; nàm fundus dari non intelligitur, si usufructus detrahatur; sed ex hac sententia intelligimus quidem concedere Juris Cõsultum novationem fieri, sed intelligimus etiam, fieri non eam ob causam, quod in secunda stipulatione aliquid amplius sit quam in prima (quamquam verum sit amplius esse) sed ex ea quia dum id quod promissum est ex secunda stipulatione præstatur, efficitur, ut id ipsum ex prima stipulatione promissum ex ea, præstari amplius non possit; ideòque Novatio non ex majori, sive ampliori secun-

da promissione, sed ex necessaria consequentia succedit;id,quod nedum Digestorum jure, sed etiam post *Justiniani* Constitutionem locum habebit, nam & post eam videtur expressè Novationem fieri conventum, dum conventum ità fuit,ur expleri id nõ possit nisi novatione facta, & admissa. Cæterùm hæc species longè alia, & diversa à ptima est, in qua proponebatur eundem qni priùs decem, deindè quindecim promisisse, potest enim hic promissor utramque quantitatem prętare: cum id non possit, qui partem fundi, vel usumfructum promiserat, deindè promisit fundum; nam præstando fundum, etiam partem, & usumfructum illius præstat.

5 Insuper, & illud in præcitato *Iuliani* Responso in *l. qui usumfructum* adnotandum est, scil. id, quod ait Juris Consultus, *quod si quis minus, eo quod priùs stipulatus fuerat stipulasset nihil agit, nisi in omnibus hoc se novandi animo facere ostendat*. Nàm in his verbis novatio nisi expresè facta proponatur excluditur, cũ tamèn *Faber* ex ijsdẽ elicere tentet non requirendam expressionem animi ad Novationem tendentis. Ratiocinatur atque ita apertè adversùs Juris Consultum, & quod ille vult exprimendum supponens in contrarium esse præsumptionem, ipse exprimendum non esse contendit, & præsumptionem pro novatione esse supponit.

6 Tertiò perversa interpretatione agitat *Faber Celsi* Responsum *in l. si is, cui decem D. de novationibus*, quando Juris Consultos apertè in eo fatetur, quod si qnis, quod primus, aut secundus debet fuerit à tertio stipulatus, nisi animo novandi id fecerit, novatio facta non erit, ut in simili specie dixerat etiam *Vlpiauus in l. si Sticcum* 8. §. *decem D. eod. tit.* sicut & *Vouulejus in l. si rem* 31. §. *si duo D. de novationibus*, qui exigit ad hoc, ut novatio sequatur, qnod specialitèr ità actum sit, ut novaretut. Namq; satis apertè ex tot J. Consultorum locis intelligimus, nullo modo, ut *Faber* autumat, animum novandi præsumendum esse; alioquin opus non esset, ut exigunt Juris Consulti, quod constet, ità actum esse, ut novaretur.

Cæterùm si præsumendus novandi animus aliquando fuisset, utique in specie *d. l. si non* §. *si duo* (saltèm ut secunda stipulatio à *Correo* exacta non prorsùs inutilis remaneret) fuisset præsumendus, quod idẽ *Faber* advertit, & tamèn ne ad hoc quidem ut utilis hęc posteriot stipulatio fieret, novandi animum præsumere J. Cnnsultos voluit, sed exegit, ut de animo novandi appareret. undequaque igitur hoc Responsum sicuti, & alia omnia superiùs adducta adversùs *Fabrum* concludunt non aliter factam Novationem Digestorum jure quam si quod actum proponitur id appareat novandi animo actum, & ulteriùs hunc animum non præsumendum ex eo solo, quod secundus actus gestus fuerit.

7 Portò nèc justè *Faber num.* 3. *&* 4. *Accursium* reptæhendit, quod particulam (*aut*) uti conjunctivam (*&*) explicaverit; nàm *Accursius* autoritate *Pauli* id fecit, qui in *l. Sapè* 53. *D. de verborum significatione* testatus est *conjuncta pro disiunctis, & è contrà quandoque accipi*. Nec effugit *Faber*, dicendo verùm quidem eße, quod conjuncta pro disiunctis accipiantur; sed cum de interpretandis edictis, aut legibus, non cum de hominum conventionibus agitur; Etenim, quod pro Regula generali, à *Paulo* affertur, non debet ad Edicta solum, & Leges coãgustari. Et rursùs, *Paulum* Regulam protulisse potiùs de hominum dispositionibus, & verbis, quã pro Legibus, & Edictis interpretãdis exemplum ab ipso suppositum in illis verbis (*quod dedi, aut donavi*) satis convincit, verba enim illa sunt de hominum dispositionibus prolata. Neque his obstar, quod scribitur in *l. penultima C. de verborum significat.* nã non dicimus conjuncta pro disiunctis, & è contrà semper accipienda; sed dicimus quandoq; id fieri posse, & cum subjecta materia id postulat, & id ipsũ patitur: quod ipsũ Respõdendũ erit ad loca hic à *Fabro* allata, & ad ea quę ad hanc rem à *Brisson. Prateio*, & similibus fuerant collecta. At quod attinet *ad l. eum in fundo* 78. §. *ult. D. de Iure dotium* est specialis in ea ratio qua & receptam lectionem retinẽdam, & disiunctivam esse particulam (*aut*) facit scil. illa quod ità elegantiorem habeat *Triphouinus* tractatum, & dum Respondet. *Si marito dotis nomine stipulanti, promisit per errorem is qui exceptione tutus erat ne solvat, cogetur ei solvere, & habebit condictionem adversùs mulierem, aut patrem uter eorum delegavit ob id quod indebitum marito promisit, aut solvit*. Videmus in his verbis propositam speciem de delegatione facta Marito à Muliere, vel Patre (ut *Gothofredus* advertit, dum notavit ad verbum promisit (*delegatus Marito per Mulierem, vel ejus Patrem*, & ideò responsio ad ipsam etiam de Muliere,. vel patre alternativè debuerat concipi, hinc satis particulam illam, *aut* deberi disiunctivè explicari sequentia illa *ut eorum* significant.

8 Atqui interpretes *Vulgares*, & *Pragmatici* licèt post *Justinianeam* Constitutionem vix novationem inducant, nisi expressis verbis novandi animum contrahentes declaraverint: attamèn si per necessariam conseqnentiam, ut supra dicebamus, novatio fieri oporteat, eam veluti satis expressam admittunt post *Mutam decis.* 33. *num.* 2. *Mastrillum decis.* 40. *nu.* 1. *Ant. de Amato variarum cap.* 89. *num.* 11. *Mauticam de tacitis lib.* 17. *tit.* 3. *n.* 13.

Gra-

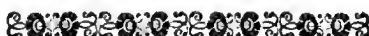
*Gratianum discept.cap.*718.*num.*17. *& cap.*864. *n.*8.*& c.*961. *n.*56.quo in loco,quod omninò fieri novatio oportet,quando contractus sunt inter se incompatibiles adeò, ut simul esse non possint, aptè & ad rem aperit, & insimul quando ità esse côtractus dignoscantur.Quod ipsum,& nos docuit saoguiois splendore,dignitate,& eruditione Illustrissimus,& Excell. mihi quoque nedum veteri inter utriusque familias affinitate, sed novitèr contracta amicitia conjunctissimus, magnus V. Cancellarius,& Consilij Aragoneæ Coronæ Summùs Præses atque post obitum Phil. IV. unus è Septem viris Monarchiæ Hispaniarum regimini regundo Præpositus *Observ. suarum obser.* 71. *D.Christopherus Crespi, y Valdaura*, quem tamen dum hæc scribo doleo defunctum magno cum rei literariæ, & Hispanicæ eruditionis detrimento.

9 Rursùs quoad dotem attinet novationem ipsius favore excludendam, tùm veteri, tùm novo Jure concludunt Nostri;ideòque mulieri semper superesse primævam actionem volunt post *Glossam,& Bart. in l.quires D.de solut.Baldum, Angelum, & sequaces ad l.si cum dotem* §. *mulier D.soluto matrimonio*, *Loffredum conf.*52.*num.*46.*Castillum decis.*5. *à nu.*7. *& Manticam lib.* 17. *de tacitis, & ambiguis tit.*1.*num.*19.Id,quod plerique cum *Gratiano discept.cap.*509. *num.*130. *& cap.*759.*num.*8.

10 producendum voluère etiam ad eum casum, in quo secunda stipulatio majorem quantitatem, quàm prima contineret: nàm adhùc si velit mulier poterit ex prima agere, & cum

11 eodem *Gratiano discept.*553. extendunt paritèr, & admittunt, & si contractus incompatibiles foreot, & stare secundum oporteret: nàm adhùc & primus cootractus stabit, & ex

12 co Mulier aget,si ei expedire videbitur. Illud verò io coofesso est apud omnes etiam extrà causam dotis novationi locum non esse: & si requisita à *Pragmaticis*,& *Iustinianea* Constitutione intervenissent, quaodo partes contrahentes quomodocumque ostendant se velle primæva Jura integra sibi esse, & salva, aut ea sibi servare dixeriot, aut velle in suo robore remanere,& similia;nam etiamsi ad tempus limitatum hanc reservationem sibi fecerint quoosque scilicet secundus contractus non fuerit executus,adhùc novatio non sequetur, ut Repetentes cum *Soccino ad l.*2.*nu.*43.*D.ad l.falcidiam Consulentes cum Gozadino conf.* 38.*nu.*2.& *Altogrado conf.*32.*lib.* 1. *& Pragmatici cum Surdo decis.*23.*à nu.*10. *& Gabrielio in commun, concl.tit.de novationibus concl.* 1.*n.*56.adootatum reliquère.



CAPVT IV.

De herede post aditam hæreditatem in integrum restituto, & an substitutioni locus fiat.

SVMMARIVM.

1 *Quæstio implicita.*
2 *Primus casus de minore, & substituto vulgaritèr tantum.*
3 *Goveani, & Cujacij sententia, & quid adversus illam Faber post Donellum opponat.*
4 *Responsio ad opposita.*
5 *Replicatio Fabri.*
6 *Augustini Melle Responsio.*
7 *Revocatur in dubium.*
8 *Altera Responsio.*
9 *Probatur sententia Cujacij, & Goveani ex l. ult.D.de success.edicto.*
10 *Oppositio altera Fabri.*
11 *Responsio Bacovij.*
12 *Altera Responsio.*
13 *Secundus Casus de Substituto vulgaritèr, & pupillaritèr.*
14 *Tertius casus de patrono, & hæreditate liberti.*
15 *Quartus casus de cohærede.*
16 *Interpretum, & Pragmaticorum sententia.*
17 *Insulsa aliquorum distinctio.*
18 *Quid si hæres fuerit indignus, an substitutus admittatur.*
19 *Quid si fuerit incapax.*
20 *An quando admittendus substitutus, statim admittatur.*

1 Quæstio ista,an hærede post aditam hæreditatem in integrum adversùs aditionem restituto, substitutio quæ per aditionem evanuerat, convalescat; adeò ut substituto potiùs quàm fisco demum locus sit, anceps est, implicita, & subobscurè tùm à *Fabro* hic, tùm ab interpretibus agitata,ideòque paulò distinctiùs examinare eam, & plures distinguere casus voluimus.

2 Et primus casus erit de Minore, qui ætatis beneficio implorata restitutione, hæreditatem quàm adjerat repudiavit; & in hoc casu expirata per aditionem vulgari substitutione,fiscum admittendum esse, veluti ad bona vacantia, excluso substituto vulgari; voluere viri doctissimi *Ant. Goveanus* 2. *variarum cap.*3. *& Iacobus Cujacius in comment. ad l.*7.§. 10. *D. de minoribus*. Et id habere

locum

locum etiam si essent qui ab intestato succedere possent; nam, & hos etiam excludendos concludit *Duarenus de substitut.cap.*10. cujus sententia impingit in aperta juris loca in *l.ult. D.de success.edicto*, & in *l. ait prætor.*7. §.10.*D. minoribus*. Adhibent tamen citati Auctores moderationem illam, seù limitationem ad priorem propositionem: nisi hæreditas foret non solvendo, & servus necessarius hæres substitutus; nàm tùnc non fiscus, sed servus ille hæres erit ex *D. Pij* rescripto, de quo *Vlpianus*, & *Pomponius in d. lege ait Prætor* 7.§.*sed quod Papinianus D.de minoribus*.

3 At adversùs *Goveanum*, & *Cujacium* insurgont *Donellus 6.Comment.cap.*4. & *Faber* hic, qui à *Bartolo* edocti contendunt, non fisco, sed substituto potiùs locum esse debere, & substitutionem vulgarem per repudiationem sequentem in proposita specie reviviscere. Siquidem dicunt ipsi, & si verum sit, quod adita hæreditate substitutiones vulgares expirant *l.post aditam C. de impub.* & alijs subst. vix tamen adita dici poterit hæreditas, quæ tandèm beneficio restitutionis fuit repudiata; tantò magis, quòd ità voluisse testatorem supponendum est; ideòq; substitutum vulgarem dedisse instituto, ut si ille hæres non foret, substitutus hæreditatem haberet.

4 Verùm enim verò pro *Goveani*, & *Cujacij* sententia, illud potissimum facit, quod revera negari non possit, quin hæreditas in proposito adita fuerit, & si posteà repudiata; etenim etiam post repudiationem, qui semel hæres fuerat hæres manet, ut probatur in citata *l.ait Prætor* §. *quod Papinianus, & in l.qui solvendo* 88.*D.de hered.instit.* Prætor enim cujus beneficio minor, & restitutionem impetrat, & hæreditatem aditam repudiat, nec hæredes facit, nec desinere facit eos tales esse, ut passim in Juris libris expressum est.

5 Nec satisfacit *Faber*, dum replicat, quod hæres, de quo agimus manet quidem hæres post repudiationem, sed nomine tenùs; ideòque non potest facere, ut substiturio expiret; quoniàm verisimile non est de tali hærede cogitasse testatorem.

6 Nàm huic objectioni respondetur cum *Augustino Mella* nobili Juris Consulto *Miscellan.cap.*8. non esse testantium mentes, & voluntates ità interpretandas, ut Juris Regulas effugiant, aut illis adversentur. Sed potiùs è contrario illis erunt adaptādę; hinc cū Juris Regulæ velint hunc nudo nomine hæredem pro hærede tamèn habendum, & hæredem esse, verisimile est, aut ità credendum est, & de hoc qui & hæres nomine est, testatorem secundum Juris dispositionem sentijsse.

7 Quod si responsio hæc non undequaque satisfacit; quoniam dicere quis posset in proposito nequaquam voluntatem testatoris opponi legibus, sed potiùs ex legum concessa facultate interpretari; atque ideò cum leges concedant testantibus, ut in casu, quo instituti primo loco, hæredes non sint, possint alios illis substituere, eosque in vicem illorum hæredes habere; cumque ità fecisse testatorem proponatur, credendum erit eum in omnem casum, quo primus hæres non esset, eo scil. modo, quo ipse testator eum hæredem volebat, cum re nempe, & non nudo nomine; nam ita illum hæredem instituit, velle substitutum sibi hæredem esse, atq; eo modo hæredem, quo primum hæredem fecerat, & sibi habere volebat.

8 Responderi adhùc poterit adversùs ea, quæ *Faber* movit ex *Bartolo, & Donello*. Quod esto verum sit, quod testator institutum à se hæredem, cum effectu talem sibi esse voluerit non nudo nomine; adhùc in specie, de qua agimus substituto locus esse non potest: Etenim non proponimus suum hæredem institutum statim ab hæreditate se abstinuisse; ideòque nudo nomine remansisse hæredem, quoniàm hæres à principio ipso Jure fuerat: Sed quæstio est de extraneo hærede, qui & re, & effectu hæres fuit, & adeundo effecit, ut vulgaris substitutio expiraret; unde quomodocumq; testatoris voluntate interpretata, jàm ille cum effectu, & verè hæredem habuit illum quem instituit, & cum re, habuit. Hinc quod posteà beneficio ætatis, etsi hæres fuerit hæreditatem quam quæsierat repudiet, id facere non potest, ut substitutio semèl extincta reviviscat, non magis quam si alio modo se hæres, acquisita hæreditate privaret, eam scilicèt alteri cedendo, aut vendendo. Nec dicere potes, eum quem testator vulgaritèr substituit, si institutus hæres non erit, censeri substituisse si erit quidem, sed tandem desierit quocumque modo hæres esse, & hæreditatem à se abdicaverit. Nam ità voluntatem defuncti non interpretaris, sed porrigis, & extendis ad alios casus, & supplere vis ad id quod ne cogitaverit quidem.

9 Cæterùm hi, qui *Cujacium*, & *Goveanum* sequuntur, excludendo substitutum, rectissimè sententiam doctissimorum virorum probari dicunt in *l.ultima D. de successorio edicto*: siquidem ibi disertè habetur, quod inferioris gradus successor, si prior ex parte propria possessionem accepit, licèt deindè beneficio ætatis abstinendi nactus fuerit potestatem, non admittitur.

10 Nec audiendus est *Faber* qui opponit aliud esse in legitima, aliud in testamentaria successione servandū: nàm in legitima Prætori, & legi satisfactum est, statim quod hæreditas aut bonorū possessio delata sit, & si sine re, & effectu; testatoris autē voluntati non item.

11 Ete-

11 Etenim vel assumptum hoc *Fabrianum* impunè negari poterit, ut negandum suadet *Bacovius* in notis ad *Treutl. volum. 2. disp.9. Thesi 7.lit.F.vers.sed si substitutus*, qui ultra advertit potiùs contrarium ejus, quod *Faber* tàm securè pronunciat dicendum fore: quoniàm dum in citata *l.ultima D. de success.* edicto agitur de successione ex edicto Praetoris fuerat concludendum, Praetorem, qui aequitate ottitur, & veritate, non autem mera juris subtilitate, delatam cum re, & effectu haereditatem, vel bonorum possessionem exposcere: nàm aliàs, ipse pro haerede non habet, nisi qui re, & effectu haeres est, & bona tanquam haeres consequutus fuit.

12 Vel poterit responderi, quod, & si dicamus testatoris voluntati non alitèr satisfactum iri, quàm si institutus cum re, & effectu haeres fuerit, adhùc jam id evenisse, quando spontè, & liberè adivit, & cum re, & effectu haereditatem habuit, dici poterit, & proinde, quod nil aliud restat, ut testatori satisfactum sit, & vulgaris substitutio extincta remaneat: nisi velis eum, qui substituit Cajum Titio instituto, si haeres non erit, substituisse quoque, si haeres erit: at postea haeres esse non perseveret, sed impetrata restitutione in integrum, semèl aditam haereditatem repudiaverit.

13 Sed haec satis de primo casu, nā de secundo nunc aliqua dicenda sunt, & quidem si de filio impubere tractetur, cuique non vulgaritèr tantùm, sed & pupillaritèr quoque scil. in utroque eventu fuerit quis substitutus hic admittetur, si filius postquam agnoverit haereditatem abstineat, ut *Scevola* respondet in *l.ex contractu D. de re jud.* & *Goveanus* docet, sed cut ita eveniat, nec *Scevola*, nec *Goveanus* exprimunt; possumus tamē dicere ità evenire: quoniàm eum substitutio nō simplicitèr vulgaris sit, sed & pupillatem continear, non expiravit statim sequuta filij immixtione, sed salva remansit, & extiteos, ut pupillatem in se contentam suffulciret quae durare oportebat etiam post immixtionem: unde fit, ut pupillaris contenta vulgarem continentem substineat.

14 Tertius casus erit in Patrono, qui admitti debet, quotiès liberti filius, qui adjerat restitutionem adversùs aditionem obtinuerit, ut apertis verbis *Vlpianus* respondet in *l.sed & si ex medica 6.§.sed si D.de bonis libertorum*, ratio autē hujus specialis provisionis in patrono è favore ipsius, & ex patronali ei debita reverentia desumpta est, non quidem contrà Juris Regulas, ut *Faber* scribit *num.7.* sed illis assistentibus: Juris enim Regulae patronum ad successionem liberti vocabant, posteà recessum ab illis est ex Praetoris indulgentia, quam testamenti favor, & filiorum institutorum amot extorxit. His cessantibus: quoniam filius etiam postquàm se immiscuetat, abstinere se voluit; facillimè teditur ad omissas Juris Regulas, & patronus vocatur.

15 Quartus casus erit, cum non de substituto admittendo, sed de cohaerede tractatur, & sic quaestio, an si haeres ex parte institutus, postquàm adijt partem suam haereditatis, eandem impetrata restitutione repudiet, fiat locus cohaeredi, & Respondit ex *Divi Severi* Constitutione *Macer*, quod vigore Juris accrescendi cohaeres admittetur *l. si minor 61.D.de acquirenda haereditate*.

16 Haec mea sententia est in quaestione tàm perplexa. At *Pragmatici* suos sequuti *Repetentes* fatentur quidem, & pro Regula habent, quod adita haereditate, statim substitutio vulgaris expirat, ut videre est apud *Manticam de conject.ultimarum volunt.lib.5. tit.2. in fine Peregrinum de fideicomm.art.15. nu. 3. Spino de testamentis tit.de subst.vulgari nu.23. Gallū de exceptione success. tit.4.except.18. Tesaurū decis.127.n.8.* & *Gas. Tesaurum qu. 65.* Attamèn si haeres institutus post aditionem repudiaverit in integrum restitutus, non fisco, sed substituto vulgari, quasi substitutione olim extincta reviviscente locum esse contēdunt, & eodem modo, quo *Faber* ratiocinantur sequuti *Ferdinandum Vasquium de successionum progressu in Proemio num.74. Sforcia Odum de subst.quaest.1.par.1.art.4.* & *de restitutione in integrum par.2.quaest.62.art.1.n.36.* & *art.8.num.97. Grassum in §.substitutio q.15. Tesaurum,* & *Fusarium locis sup. cit.* aliosque, quorum pletique existimant, id verum esse, nedùm inspecta aequitate praetoria, sed etiam juris civilis dispositione atque ex utraque esse substitutum admittendum, excluso fisco, nam ità post *Bart. Aret.* & *Castrensem* concludunt *Politus de vulgari quaest.43.* & *Trentacinquius de subst.par.1.cap.18.num.6.* unde suadent, ut postquam restitutus fuit haeres adversùs aditionem, petat quoq; substitutus se restitui, nā ita impetrata restitutione admittetur ad relictam haereditatem ex sententia *Glossae, Bart. Salic. Jas.* & *Gugl. de Benedictis*, & aliorum.

17 Sed quamvis ità *Pragmatici* meliores ratiocinentur, non desunt quidam, qui sub autoritate *Trentacinquij de subst. par. 1. cap. 18.* nescio quam distinctionem invehere conantur inter locupletem, & pauperem haereditatem, prorsùs ineptè nam quoad Juris Regulas attinet, in genere haereditatis, eadem, est pauper haereditas quàm locuples, nisi in haereditate inope, & illud etiam ponas servum necessarium haeredem institutum, vel substitutum fuisse, de quo diximus supra.

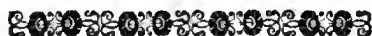
18 Sed si noo haeres restitutione impetrata, haereditatem aditam repudiasset, verùm ab eo tanquàm indigno ablata foret nil posse advetsùs fiscum opponere substitutum

in

in confesso est ferè apud omnes, ut *Vasquius* testatur *de success. progressu lib. 2. §. 12. nu. 22. Bossius in tit. de his, qui ut indignis n. 18. Oddus in prælud. de compend. substit. par. 2. q. 5. effectu primo limit. 5. Peregr. de jure fisci lib. 2. tit. 2. num. 26. qui de communi testatur, & Tesaurus dec. 27. num. 7.* Dixi ferè apud omnes; nàm non desunt, qui commentitia quadam æquitate moti adhùc substitutum admittendum credant fisco excluso cum *Angelo in l. 1. D. de vulgari, Corasio in l. post aditam C. de impub. Zasio de vulgari substit. num. 16. Petro Gregorio sintagmatum lib. 42. tit. 14. nu. 2. Fachin. contr. cap. 64. & Grasso in §. substitutio quæst. 9. nu. 8.* contendentes hanc esse æquiorem sententiam, & ab ea in judicando recedendum non esse.

19 Quod si ab hærede instituto, non veluti ab indigno, sed veluti ab incapaci fuerit ablata hæreditas quamvis *Bursatus cons. 37. num. 17. lib. 1.* adhùc fiscum admittendum crediderit, Communis tamèn opinio id negat, & substitutum admittit cum *Gabrielio, Surdo, Menochio, Petra, Peregr. Oddo, Barzio,* alijsque sequutis, & citatis à *Fusario de substitutione vulgari quæst. 50.* & sequenti, ubi, & ad hoc quoque limitationes affert.

20 Denique illud non sine controversia est, an hærede suo se abstinente, aut extraneo hærede repudiante, statim admitti substitutus debeat, an vero oporteat expectare tempus intrà quod restitui, & denuò ad hæreditatem venire illi possint; & rursùs quid dicendum si postquàm se abstinuit filius, aut hæres repudiaverit, se pœniteat, & restitutionem adversùs repudiationem petant, an eis concedenda sit, & quo tempore? & cum plures sint, & variæ in hac re nostrorum opiniones. Videas *Gomezium variarum tomo 2. cap. 3. num. 14. Sforzia Oddum in prælud. de compendiosa par. 2. quæst. 5. effectu 1. limitatione 1. Trentacinquium de substitutionib. par. 1. cap. 4. num. 2. & 4. Grassum in d. q. 9.* sicut & ea quæ collegi *Fusarius omnino videndus de substitutione vulgari quæst. 40. & in citata quæst. 50. & sequenti.*



CAPVT V.

De lectione l. inter causas 16. §. sed cum servus D. mandati.

SVMMARIVM.

1 *Intellectus ad l. inter causas §. sed cum servus, & prima ejus species.*
2 *Secunda illius species.*
3 *Tertia ejusdem species.*
4 *Sententia Fabri.*
5 *Græcorum lectio.*
6 *Explicatio textus ex alijs juribus.*
7 *Vix credi potest culpa Domini rerum, earumdem furtum fieri.*
8 *Responsio ad l. cum duobus 52. §. damna D. pro socio.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *A servis hi transeunt ad famulos.*
11 *An & quoties dominus teneatur de delicto servi.*
12 *Afflicti sententia.*
13 *Magister navis tenetur.*
14 *Dominus exibendo Servum liberatur.*
15 *At non si deliquerit in eo negotio cui fuit impositus.*

1 QUod ait J. Consultus in *l. inter causas 26. §. sed cum Servus D. mandati* non assequutus *Faber* corruptam esse textus lectionem causatur, & emendationē in præsenti proponit. Verùm enim verò nequaquàm, ea opus esse statim animadvertemus, si mentem, verbaque adducti Responsi perpendamus.

2 Dixerat *Paulus*, quòd si tu mandato meo Servum emeras, isque servus tibi furtum fecerit mandati actione consequi poteris à me, ut eumdem servum dem tibi noxæ; adijcit postea J. Consultus ad ea, quæ mox dixerat exceptionem, *si tamèn sine culpa id acciderit*, quæ exceptio cum ad superiora respiciat, exprimit illum casum, in quo servus quidem furtum fecisset, sed ipsius mandatarij culpa, quod accidere posse credidit *Accursius*, si in emendo eodem servo mandatarius in culpa fuisset; sed meliùs *Græci*, qui docuère in *Basilicis* ad hunc locum evenire, cum mandatarius postquàm emisset, dum apud se servus erat, illum malo consilio, aut malo exemplo furem reddidisset rerum alienatum, ex quo posteà ipsiusmet suasoris, aut malum præbentis exemplum rebus non pepercit: hoc sanè casu cum culpa mandatarij furtum admissum sit, non petet ipse à mandante ob furtum passum, ut ei noxæ Servus dedatur.

3 Pergit *Paulus*, quod si ego *scivissem talem esse servum, nec prædixissem, ut posses præcaveri, tùnc quantum tua intersit, tantum præstari oportebit*. Transit itaque in his verbis J. Consultus à culpa mandatarij ad culpam mandantis, & tertium casum proponit, in quo, cū sciret mandans furem esse Servum illum, quē sibi emendum mandavit, id non prædixit mandatario: unde ex hoc multò magis mandans, quàm in primo casu tenebitur, nec ei sufficiet noxæ dare, sed oportebit, ut quod interest, præstet. Igitur in paucis tres sūt species

à *Pau-*

à *Paulo* propositæ. Prima de Servo furtum
faciente citrà mandantis illum emi, & man-
datarij ementis culpa. Secunda de furtum
faciente culpa mandatarij. Tertia de fur-
tum faciente culpa mandantis, qui sciebat
furem esse Servum quem emendum voluit;
nèc tamèn id mandatario prædixit, ut ca-
veret.

4 At *Faber* œconomiam Responsi, & spe-
cierum distributionem invertens verba illa
(*sine culpa tua id acciderit*) quæ de mandata-
rio prolata sunt, legenda vult (*sine culpa mea*)
& de mandante accipienda; cum tamèn re-
ceptam lectionem tueantur; & omnium
Codicum fides, & perspicuus sensus, & *Basi-
licorum* vesio, quæ ita se habet *lib. 14. tit. 1.*
5 *cap. 26. §. 7.* Si Servus, *quem mandato meo eme-
ras, furtum tibi fecerat sine culpa, & fraude
tua mandati actionem habes, ut Servus tibi no-
xæ dedatur; si tamen scivi furem esse servum, nec
tibi prædixi, ut præcaveres in id, quod interest,
teneor.* Hæc Basilica, & ad hæc *Glossatores* ad-
notant. *Id priùs dicebamus, nempè tùnc man-
datarij culpa videri furtum admissum eum ma-
lo exemplo suo, aut malo consilio furem servum*
6 *reddidisset.* Quanquàm & citrà hos casus,
poterit, & in culpa mandatarius esse, si Servo
aliquid committat, quod nunquàm alius
Dominus diligens Pater familias fuisset com-
missurus, veluti si argentea vasa, aut aurea,
vel nummos custodiæ Servi tùnc primum in
domum recepti, nèc adhùc expertæ fidei re-
liquisset nimis incautè; ad quod pertinet,
quod aliàs responsum est in *l. si Servus 61.
§. hæc ita D. de furtis*, & sanè non habet, de
quo queratur in hoc casu mandatarius; nàm
ut optimè *Dion. Goth.* notat, ipse fecit Servo
commoditatem furtum faciendi.

7 Cæterùm qui existimant vix fieri posse, ut
mandatario, emptus Servus furtum faciat ci-
trà ejusdem mandatarij culpã, hi ut dici solet,
toto Cœlo aberrant; nàm quinimmò, ut plu-
rimum evenire, ut furtum mandatario fiat ci-
trà ipsius culpam supponẽdum est; quis enim
credat rerum suarum Dominum velle jactu-
ram pati, & culpa sua efficere, ut eadem jactu-
ra eveniat: ergò nisi malus Dominus sie, qui
malo consilio, & exemplo furem reddidit ser-
vum, aut adeò incautus, qui occasionem fu-
randi, & commoditatem eidem præstitit,
nunquàm dicendum erit culpa sua furtum es-
se factum. Et ipsum fuisse in causam, ut
furtum à Servo pateretur, nisi tamen essemus
in illa specie de qua *Justinianus in l. si quis
20. C. de furtis, & Servo corrupto*, in qua pro-
ponebatur Dominum suasisse, & permisisse
Servo ut furtum faceret resque sibi furatas de-
ferret Titio à quo ad furandum fuerat insti-
gatus; Sed species illa alium habet tracta-
tum, & quamvis à *Justiniano* Dominus im-
punitus remaneat non esse tamen eum citrà
peccati reatum ex Virorũ Theologorum sen-
tentia monuit *Antonius Perezius in Prælect.
ad Codicem in citato tit. de furtis, & Servo
corrupto num. 7.*

8 Cæterùm id, quod dicitur in *l. cum duobus
52. §. damna D. pro socio*, qua lege hic abutitur
Faber longè aliam habet rationem, quàm *Fa-
ber* existimet; siquidem cum in ea specie so-
cius pecus in custodiam susceperit, illudque
æstimatum: oportebat, & ratione custodiæ, &
ratione æstimationis eum remanere obliga-
tum.

9 Sed id, quod *Paulus* Respondet de man-
datario, & mandante circa furtum à Servo
empto admissum Nostri *Pragmatici* ad quos-
cumque Dominos porrigunt, & Regulam
post *Bart. & Bald.* firmant, nèc malè, quod
cum Servus furtum fecerit, cuicumque illud
fecerit, si citrà Domini culpam, eoque igno-
rante fecit Dominus ipse noxali tantum
actione tenebitur: at si Domino sciente, inso-
lidum tenebitur Dominus, & insimul cum
Servo plectetur.

10 Verùm, quia Servorum usus apud Chri-
stianos non ità frequens est hodie, ueerat
apud antiquos, sed famulorum, ut plurimum
opera, eaque conducta utimur, hinc quæ de
servis in Juris Civilis libris scripta sunt (mo-
do possit) solent *Pragmatici* ad famulos pro-
trahere, & circa materiam hujus legis quære-
re, an, & quando Dominus ob famuli deli-
ctum teneatur, & quandoq; teneri affirmant,
quandoque negant, inspectis qualitate, mo-
do, & circumstantijs delictorum, de quibus
Canonistæ cum *Felino in cap. Petrum de homi-
cidio*, & *Civilistæ* cum *Boerio decis. 59. Cappel-
la Tolosana decis. 195. Amato ad decis. Rotæ
Avenion. 8. num. 68. Stephano decis. Aquens.*
11 *72. in fine*, alijsque adductis *ab Addẽtibus ad
Afflict. decis. 82.* Verùm in hac specie Nostræ
legis cum scil. à famulo furtum commissum
fuerit, cõvenit inter *Neotericos*, & *Antiquos*,
esse distinguendum. Et videndum an igno-
rante, an vero sciente Domino furtum sit fa-
ctum: ut videre est apud *Baldum cons. 222.
vol. 22. Ananiã in cap. 1.* ubi, *Bolognetum, &
Barbatium Ext. de officio Delegati. Speculato-
rem in §. 2. ver. sed pone sub tit. de præsumpt.*

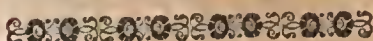
12 Hinc *Afflictus in cit. decis. 32.* scripsit post
Bartolum, quod si Dominus famulum, sive
custodem imposuisset territorio ne furta com-
mitterentur, & is impositus custos contrà mã-
datum fecisset, adhùc Dominus, qui im-
posuit tenebitur, id, quod cum faciat ad-
versùs textũ apertum in *l. 1. §. igitur D. exer-
citoria* actione, ut effugiat replicat il-
lius dispositionem locum habere, si Do-
minus expressè prohibuisset, ne delictum
committeretur, quasi in proposita specie im-

ponere famulum custodem territorio, ne furta committerentur oon sit expresse probibere delictum; unde cum hoc animadverrisset *Vrsillus* aliter ad textum respondere conatur. Videas tamen *Consiliarium Roccum in notabilibus sub tit. de Nautis*, & *Naulo*
13 *not.* 11. qui ibidem, & *Notab.* 59. & 67. post *Straccam de Nautis par.* 3. *num.* 12. & 36. Magistrum oavis teneri de furtis in navi admissis, præcipuè si ignotos bominesio navi assumpsetit absque eautela, aut minùs idoneos ministros habuetit concludendum existimat.

14 Denique quod in hac lege nostra ait *Paulus* de servo fure noxæ dando, *Pragmatici* dicunt cum famulus furtum fecisse dicatur; nam eum exhibendo Dominum liberati concludunt, quod pluribus explicant cum *Paride de Puteo in tractatu de Sindicatu in ver. familia cap.* 5. *nu.* 9. *Vrsillo ad Afflictum decis.* 57.

15 Sed si famulus in specie deliquisset in eo negotio, in quo à Domino fuerat impositus, non sufficit Domino eum exhibere; sed pro eo tenebitur; quoniàm in culpa est, dum bonum non elegit, ut ex *l.* 1. §. *familia D. de public.* notat *Abas in cap.* 1. *de restit. spoliatorum*, & post eum, & *Afflictum*, *Roccus citato Notabili* 11. *num.* 37.

Sed hæc satis ad rem. Si quis verò alia scire velit, adeat *Afflictum decis. citata* 57. & 62. ibique Addentes ad eas, & Regnicolas ad Regni *Constitut.* incipientem, *si damna clandestina sub rubr. de homicidio clandestino*.



CAPVT VI.

Ad l. propter C. de adulterijs.

SVMMARIVM.

1 *Fabri Expositio, & Sententia.*
2 *Expenditur adversùs illam tex. in l. si uxor* 13. *D. ad l. Juliam de adult.*
3 *Nec Faber effugit.*
4 *Explicatio Responsi Papinianei.*
5 *De primo distinctionis Capite.*
6 *Respondetur ad verba legis propter violatam.*
7 *Et ad l. si uxor* 13.
8 *Et ad §. si qui ejusdem legis.*
9 *Sententia Pragmaticorum.*
10 *Covarr. idem sentit, quod Faber.*
11 *Sed sententia Covarr. exploditur.*
12 *Potest sponsa primis relictis sponsalibus ad alia convolare.*
13 *Etiam in foro conscientia si justa subsit causa.*
14 *Ex cohabitatione præsumitur matrimonium.*
15 *Sponsalia in minore ætate contracta non obligant.*

1 Elegans quæstio illa est, an possit sponsus sponsam de adulterio aeeusare, & in ea *Faber* hic distinguendum ait, videndumque esse, an uxorem maritus accuset eo tempore, quo marirus jam sit, sed pro crimine aeeuset ab ea olim admisso quando solummodò sponsa fuerat, an veto adversùs sponsam, & sponsaliorum tempore accusatio instituatur ab eo, qui adhùc sponsus existit; & primo easu si adulterium commissum fuerit ab ea, quæ tùoc temporis justa esse oxor potuit, affirmat rectè accusatjonem de adulterio institui ex *l. propter* 7. *C. ad l. Juliam de adult. l. si uxor* 17. §. *si minor D. eod.* at secundo casu negat sponsum posse sponsam aecusare, argnmento sumpto *ex l. miles* 11. §. *querebatur D. ad l. Juliam de adult.*

2 At si quis rem meliùs perpendet allatam distinctionem non omninò tutam esse videbit; nàm quoad secundum caput, in quo absolutè pronuneiatur sponsum de adulterio commisso à sponsa sponsaliorum tempore nõ posse eam accusare *Vlp.* in contrariũ respõdet in *l. si uxor* 13. §. *Divi D. ad l. Jul. de adult.* dum testatur *Divos Severum*, & *Antoninum* Rescripsisse, & in sponsa adulterium vindicandum; quia nec matrimonium qualecumque,
3 nec spes matrimonij violare permittitur; nec Responderi potest, ut *Faber* facit, & dicẽdo *Severi*, & *Antonini* Rescriptum pertinere ad accusarionem à sponso, sed jam marito institutam; oàm verba reclamant, & præsertim illa (*in sponsis vindicandum*) quæ team, adhùe sponsam permanere, cum delicti vindicta petitur satis ostendunt, petmittentes in sponsam vindieari adulterium, & si adbùc sponsa, non adhùc uxor.

4 Rursùs neque hoc secundum distinctionis capnt probari poterit ex *Papiniano* in citata à *Fabro l. miles.* 11. §. *quærebatur.* Siquidem in specie dicti §. nequaquàm adulterium fuerat admissum, sed ob id innocens mulier accusabatur, quod uni in sponsam promissa fuerat, & alteri deinde non primo nupsisset; hioc *Papin.* gravitèr respondet, & aecusatorem objurgat, quod novam rem iostituat, novam, scilicet injostam, & inauditam; cur enim de adulterio accusabitur ea, quæ sponsaliorum primorum pœnitens, quod potest, alteri nubit; quando irà aut sibi, aut patri eui morem obediẽs filia gerere voluit, placuerat? Cæterùm impostor erit qui fingere eum *Fabro* puellam quam ob id solùm accusatam testatur *Papin.* quod alteri, quàm primo sposo nupsisset, adulterium quoque nescio quo tempore commisisse.

5 Sed

5 Sed nec primum distinctionis caput admodùm firmum est, scil. non alitèr posse sponsa de adulterio sponsaliorum tempore commisso accusari, quàm si à sponso jam marito accusatio instituatur, & constet potuisse tùnc cum crimen admissum fuit matrimonium contrahi: Siquidē an de jute ità cōstitutum ambiguum est, & quod scribitur in hac *l. proptèr violatam C. ad l. Jul. de adult.* id non probat; siquidem dum hic Imperator Alexander, ideò ab accusatione repellit eum, qui accusare intendebat, quod posteà, idest post delictum maritus esse cæperit, satis innuit delicti tēpore nullum jus eum in ea, quæ posteà uxor sua effecta est habuisse; atque ita videtur etiā innuere, quod eo tempore ne spōsa quidem sua puella fuit quæ nunc uxor est; id, quod apertiùs significant sequentia verba (*nisi puella violata sponsa ejus fuerat*) nàm exceptionem continent, & explicant quod id quod prius dictum fuerat, fuit dictum de puella violata, quæ sponsa non fuerat cum violaretur; quid ergo mirum, si accusatio institui non possit contrà eam, quæ violata tunc fuit, cum nèc uxor, nèc sponsa erat.

6 Neq; priora illa verba (*proptèr violatā virginē adultam*) quidquā pro *Fabriana* distinctione faciunt quasi innuerent aliud fore dicendum si violata virgo non dum adulta fuisset, scil. ea quæ uxor justa, adhùc esse non poterat; nàm ità loquutum constat Imperatorem ex facti specie; Respondebat enim his qui preces porrexerant de puella quæ sub Curatoribus erat, & in Jure Nostro hujusmodi puellæ sicut & pueri qui sub curatore sunt, adultæ, vel adulti vocari solent ut videre est in *l. Lucius* 38. *D. famil. erciscunda* in *l. 4. C. de autoritate præst.* & sanè de virgine sub curatore speciem propositam indicant verba illa (*adsistentibus Curatoribus.*)

7 Porrò circa *l. si uxor* 13. §. *si minor D. ad legem Juliam de adult.* observandum erit, id quod ibi dicitur non posse maritum jure mariti accusare de adulterio, quod uxor minor commiserat, non pertinere ad significandum quod spōsa, ut accusari possit oporteat, ut legitimam ætatem habuerit delicti tempore, sed indicare quod maritus accusator oportebat ut aliquod jus in Uxorem jam ex tunc habuerit cum delictum perpetrabatur; quod jus cum in proposita specie is qui accusabat in *d. l. si uxor* non haberet; nàm nondum sponsus fuerat, meritò ab accusatione excludendus venit; at quia proponebatur puellam eo tempore quo violatā jam in domum viri traductam, & hoc rationem dubitandi faciebat, ut id non obstare ostenderetur adjectum fuit, tunc eam fuisse minorem, qua ætate nuptiæ ne jure quidèm sponsaliorum valuissent, ut rectè *Cujacius* ex *l. quæsitum 9. D. de sponsalibus* observavit *obser. 11. cap. XV.* & *Gothofredus in notis ad eandem legem 9.* quinimmò nèc *Faber* potuit dissimulare, dùm ultrò fassus est in proposita specie *l. si uxor*, puellam ne sponsam quidem fuisse, cum in domum traducebatur: igitur si nèc sponsa fuit non ideò non accusatur, quòd nec uxor esse poterat; sed quia nec sponsa tunc erat.

8 His autem, non obstant verba illa (*vel quasi sponsa poterit accusari*) nàm non eo sensu sunt accipienda, quasi diceret Juris Cōsultus puellam, de qua agimus, si non jure mariti, attamèn Jure sponsæ, vel quasi sponsæ accusari potuisse; quomodo enim quasi sponsa accusari posset, quæ ne tùnc quidèm sponsa erat? Sed eo sensu accipienda, ac si à Juris Consulto dicta, ut significaret, quod si puella, de qua agebatur fuisset sponsa eo tempore, quo adulteravit, potuisset accusari.

Similem Responsionem, qui volet dabit ad §. *si quis uxorem ejusdem l.* 13. dicendo scilicèt eum, qui accusare volebat ibidem, ne sponsum quidem fuisse delicti tempore: at si aliam desiderat adeat *Trentlerum volum. 2. disput. 6. Thesi* 1. & ibidèm *Bacovium*, adeat & *Linklamam membranarum 6. cap.* 18.

9 Quod si ad praxim respiciendo, quid in ea receptum sit investigare velimus, inveniemus, primò *Repetentes* ità explicare post *Baldum*, & *Salicetum* hanc *l. propter violatam*, ut velint proptèr violatam virginem adultam, antequam sponsalia forent contracta, neque sponso, neq; marito accusationem competere; atq; ità duo esse ea, quæ ipsi admittunt, & ut vera supponunt. Primùm, quod si sponsaliorum tempore fuisset puella violata, & spōsus, & maritus, sive alter eorum posset accusationem instituere; Secundùm, quod in specie hujus *legis* non erant adhùc sponsalia contracta. Cæterùm quoad Curatores puellæ violatæ attinet, posse eos accusare, eisque querelam competere pro certo habent cum *Bursato cons. 69. volum. 1.* ad hoc ut violatorem pœnis illis subijeiant, quibus puniendum eum volunt *Doctores*, cumque his *Tesaurus decis.* 3. quarum illa præcipua, ut puellam violatam dotet: hinc debere Curatores dotem pro illa petere bene advertit. *Zasius in §. omnes num. 9. instit. de actionibus*, & *Caceranus decis.* 107. quam tamèn dotem non cogetur stuprator solvere, nisi nuptijs demùm, & matrimonio puellæ sequutis; nèc sufficit si ea de nubendo cautionem offerat, ut notat *Bern. Diaz in Praxi in Crimin. cap. 77. quæst. 3. Cavalc. in reper. decis. 10. num. 38. par. 3. Capic. decis. 204. Decius*, & *alij* adducti ad Patris decisionem à *Gasparo Tesauro cit. decis. 3. lit. B.*

10 Et quamvis ex Interpretibus *Covar. in Epit. de sponsalibus cap. 1. num. 8.* id ipsum, quod Fa-

ber hic, evincere conatus sit, & sponsam de adulterio à sponso accusati non posse au-
11 tumaverit; Explosa tamèn ejus sententia fuit; nàm & Civilistæ cum *Alberico*, & reliquis *in comment. ad l. miles §. cum quærebatur D. ad l. Juliam de adult.* & Canonistæ cũ *Abbate in cap. diceretur de eo, qui cognovit consanguineam uxoris suæ*: alitèr sentiunt, & adversùs ipsum *Covar.* disputat nominatim *Sarmiento select. in turpe lib. 1. cap. 5.* Hinc passim apud *Pragmaticos* traditum est posse sponsam modò sponsa de præsenti fuerit, licèt non adhùc matrimonio contracto, & à viro cognita, accusari de adulterio, ut videre est apud *Clarum in §. adulterium num. 8. & Farinacium in Praxi crimin. quæst. 141. n. 50.*

12 Insupèr quod suptà monuimus ex citata *l. Miles 11. §. quærebatur* non ob id solum de adulterio accusari posse puellam, quod prioribus sponsalibus relictis, alia sponsalia, aut matrimonium cum altero contraxerit, receptum constat apud *Pragmaticos* omnes, quorum plerique putant post eundem *Covar.* quòd prima sponsalia evanescunt, etiamsi tantummodò copula cum alio sequatur, ut ex *cap. quemadmodùm de jure jurando* alijsque
13 *Sarmientus* notat loco supra citato: id quod cum justa causa subest, & fornicatio adsit alterius sponsi etiam ad conscientiæ forum trahunt Moralistæ, inter quos luculentèr, novissimè *P. Antoninus Diana resolut. moraliũ resolut.* . . . non tamèn quod de sponsalibus dictum est, de nuptijs dicendum erit; nam notissimum est, non posse quempiam plures nuptias eodem tempore, pluresq; uxores habere, & si id admittat, pœnis subijci, de quibus *Menochius de arbitr. cent. 5. cap. 420.* & *Genuensis in praxi Archiep. cap. 68. n. 13.*

At ad mentionem factam de traductione sponsæ in domum sponsi adnotare libet, quod nostri Regulam statuere solent, qua plerumque utuntur, quod ex traductione ad domum, & diuturna habitatione mulieris cũ viro præsumatur inter ipsos matrimoniũ, quam Regulam habet Jus Civile in *l. 24. de Ritu nuptiarum*, & *in novella 78. cap. 4.* Item *Alciatus de præsumpt. lib. 3. cap. 78.* & jus Canonum in *cap. latè qui filij sint legitimi* ubi *Hostiensis, & Abas*, itèm *Joannes Andreas in cap. fin. de sponsalib.* quamvis & in hoc etiã articulo, ut in omnibus in Jure non desint qui dissentiant, & nequaquàm præsumptionem hanc admittant; ut videre est apud *Paleotam de Spurijs cap. 19. Mozzinum de nupt. & matrim. cap. 42. Covar. in epit. de sponsalibus cap. 4. §. 12. num. 1.* Sed omnium meliùs hanc rem *D. Franciscus Verde* vir in Theologicis, & omnigena eruditione excultissimus in *tit. de sponsalibus colum. 4. num. 1.* tractavit.

Denique & illud apud omnes constat in minori ætate sponsalia contracta non consistere, ut in specie *§. quærebatur d. l. 11.* & traditur in *cap. 1. de sponsalibus*, ubi *Glossa*, & *Canonista*, atque ne consistere quidem si parentes nomine impuberum contraxerint, nisi post pubertatem sponsi quæ illi aut ipsi in minori ætate fecère sponsalia rata habuerint. Vide eundem *P. Antoninus Diana ubi supra.*



CAPVT VII.

Ad legem quartam §. Cato D. de verborum obligat.

SVMMARIVM.

1 *Explicatio §. Cato l. 4. D. de verborum oblig. est de apicibus juris.*
2 *De illius lectione, & de Taurelli emendatione.*
3 *Fabri oppositio.*
4 *Diluitur.*
5 *Fabri lectio, & emendatio.*
6 *Reicitur.*
7 *Explicatio vers. sed videamus ejusdem §. Cato.*
8 *Mutilus est textus prædicti §. Cato.*
9 *Quid Pragmatici in stipulationib. pœnalibus.*
10 *Pœna debet cum interesse concurrere.*
11 *Qui promittit sub pœna debet requiri ut pœnam contrahat.*
12 *Quid si legitimè impeditus fuerit, aut præstare non possit.*

1 ET si inter apices Juris ponatur interpretatio *§. Cato l. 4. D. de verb. oblig.* attamen quoniam tex. ille varijs, amplissimisq; interpretationibus, & commẽtarijs illustratus jam fuit, nec nobis adeò obscurus est, ut fuerat Antiquis, nec *Fabro* admodum difficilis esse debuit.

2 Et primò quoad literã illius attinet corruptam eam esse Ingeniosiores animadversi plura in ea mutanda voluère, pleraque transponenda; sed omnium melius id perfecit vir doctissimus *Lelius Taurellus*; ideòque ab *Hugone Donello, & Francisco Duareno*, alijsque nõ vulgaris eruditionis hominibus sequutus; namque animadversus ille Florentinas Pandectas nequaquàm (ut mos illius temporis) interpunctas fuisse, Vulgatas verò, cæterosque Codices malæ interpunctionis vitio laborare, verba illa, quæ obscurum intellectum totius §. reddebant (*quod nisi insolidum peccari non poterit*) parenthesi inclusa voluit, & *quod*

pro

pro *eo, quod* explicavit, atque sequentia illa (*stipulationem, &c.*) ad præcedentia retulit; ut sit sensus ideò commisisse omnes videri stipulationem illam, eo quod adversùs ipsam, nisi in solidum, peccari non poterat.

3 Sed *Faber* hic sub *n.* 10. pessimam hujusmodi interpunctionem, & explicationem appel-
4 lat; gratis tñ, & temerè nec videns ex ea perspicuè, & cõcinnè *J.C.* loqui, & nedũ rationẽ reddere, cur in stipulationibus individuis teneantur omnes, & si unus contrà peccaverit, sed verã reddere rationem, nempè illã, quod cum stipulationes individuæ ejus naturæ sint, ut semper in solidum adversùs eas peccetur, idem est quo ad eas, quod unus peccat, quàm si omnes peccarent, & proindè insolidum semper in eas committitur.

Nec in adversum facit, quod sub *n.* 8. idem *Faber* opponit à *Donello* mutuatus scil. quod *peccari illam stipulationem* latinè dici non possit; nã lectio *Taurelli* loquitur nõ ita (*peccari stipulationem*,) sed ita) *eò quod nisi insolidum peccari non poterit*) quæ clausula absolutè stat, nàm sequentia illa (*stipulationẽ, &c.*) ad antecedentia referũtur, ut dictum est. Præterea in sequentibus forma ea loquendi *omnes commisisse videantur illam stipulationẽ* pro *in illa*, nec insolens est, nèc Juris Consulto indigna, præcipuè cum sensus perspicuus sit, & apertus; licet si particulam illã (in) librariorum incuria excisam reponere quis velit, & legere *omnes commisisse videntur in illã stipulationem*, non admodum repugnabo.

5 At lectio, quàm noviter proponit *Faber* sub *n.* 11. (*quod in priori casu omnes commisisse videntur*) explicato (*quod*) non pro *eo, quod*, sed pro (*id quod*) *nisi in solidum peccari non potuit, ut in illa stipulatione per te non fieri, quo minùs, mihi ire agere liceat*; lectio, inquam,
6 hæc nullo modo recipienda erit; nàm primò in ipsa valdè ambiguum illud, *quod* remanet, an relativè, an verò adverbialitèr sit positum. Secundò loquendi formam inusitatam J. Consultis, & insolitam continebunt verba *Omnes commisisse videntur, id quod nisi insolidũ peccari non poterat*: unde cum hac sua emẽdatione *Faber* incidit in vitium illud, quod *Taurello ipse num.* 6. & 8. opposuit, Tertiò, si verum, non potuisse dici *committi stipulationẽ*, prò *committi in stipulationem*, nec poterit dici *committi id quod*, pro *committi in id, quod*. Quartò obscurum quoque in prædicta lectione remanet quid illud sit quod commissum dicat Juris Consultus, & quod *nisi in solidum peccari non poterat*; nam si respondeas, ut *Faber*, commissum id, quod priùs dictum erat, scil. *stipulationem iter fieri*, de qua in primo casu §. 1. inepta erunt quæ posteà sequuntur (*ut in illa stipulatione per te non fieri, quo minùs mihi ire agere liceat*; nàm cum & hæc stipulatio eadem cum prima sit, fieret comparatio, & similitudo non inter diversa, sed inter eadem, & de uno ad seipsum. sanè in eo perpetuus *Fabri* error est, quem sub *n.* 11. & passim admittit, quod has duas stipulationes *iter fieri, & per te non fieri, quo minùs mihi ire agere liceat*, tanquàm diversas accipiat, quando, & à *Donello*, & cæteris discere poterat, unicam, eandemque stipulationem esse, modò negativè, modo affirmativè conceptam; nam quotiès quis iter fieri concedit, promittit se nun facturum, quo minùs ire liceat; & è contrà quotiès se non facturum, quo minùs ire liceat (Nisi in vanum stipulationem exactam, & prorsus perfunctoriè ab eo, qui id vetare non posset) concedit iter fieri, ut edocemur ex *l.* 3. §. *si iter D. de action. empt. l. quoties D. de servit.* & *Donellus* convincit in comment. ad hunc locum, de quo agimus sub *n.* 7.

7 Denique, & illud quoque observandum erit, quod sicuti versiculus (*sed videamus ne non idem hic sit*) referri non debet ad stipulationem iter fieri, ut diximus; ità nec referri potest ad illam alteram *dolum abesse, ut Taurellus, Duarenus, Donellus, & sequaces* putabant; nàm longè ante, & in principio legis de hujusmodi stipulatione *dolũ abesse* actũ fuit & relatio si non ad immediatè proxima, saltẽ ad paulò ante posita fieri debet: non ad longè dissita, & proindè dicendũ erit, quod vers. prædictus, *sed videamus* refertur ad stipulationem *ampliùs non agi*, de qua est sermo principalitèr in §; nàm ità contextus exposcit, & ratio; dubitabat namque *Paulus* utrum stipulatio *amplius non agi*, de qua *Cato* tractabat, (quamq; pro exemplo stipulationis dividuæ proposuerat) potiùs cũ stipulationibus individuis videretur adnumeranda, quam cum dividuis; nàm individua potiùs esse videbatur, quàm dividua, & proindè loquitur ipse *Paulus* interrogando, & dubitatiuè: *Sed videamus, &c. ne non idem hic sit scil.* in stipulatione *ampliùs non agi*, quod in illa stipulatione *Titium, heredemque ejus ratum habiturũ, &c.*

8 Sed quamvis ità ut dictum est tex. verba commodè explicentur, fateor tamèn, & ultrò fateor, quod in hujusmodi contextu, quem explicamus, plura desunt, & præcipuè rationes, quibus *Paulus* ad dubitandum movebatur, quas nobis invidit *Tribon.* qui sat esse credidit, si conclusionem *Pauli*, eamq; ex abrupto afferret: talem tamèn, ut ex illa intelligeremus voluisse *Paulum* stipulationem *ampliùs non agi* magis idem esse cum stipulatione *Titium heredemque ejus ratum habiturum*, quam cum alijs, atque ità *Marcellum* quoque sentijsse.

9 At quoniam materiam hujus §. *Cato* nedũ Neotericis, sed & vulgaribus Interpretibus lon-

longarum disputationum præbuit ansam, ut videre est apud *Jasonem*, *Aquilinum*, *Bolognetum*, *Ripam*, & similes, nos quæ ex illis desumpsère *Pragmatici* investigemus, & quidem hi cum aucupia, & inanes subtilitates, quas hic adducunt controversias existiment, tantummodo de pęnalibus stipulationibus; nàm has plerumque interponi contingit, quædam differere solent: Cujusmodi illud est, quod quotiès per stipulationem sub pęna, plures promittant, si unus contrafecerit ab omnibus solida pęna exigi, mero jure poterit, at non de æquitate; quoniàm, qui contrà non fecerint, si ab eis pęna petatur exceptionem doli opponent, ut ex Regula *l.9.§.fin.D.si quis cautionibus*, & Commentarijs *Bart.* ibidem adnotatum voluit cum *Afflicto dec.153.n.4.* *Marco q.414.* *Tepata sent. lib.2.tit.de verborum oblig. & in tit. de stipulationibus pęnalibus.*

10 Insupèr quamvis admittant Nostri in pęnalibus stipulationibus, & promissionibus, pęnas committi; ideòque deberi eas, cum contrafactum fuerit, etiamsi parti non intersit *Ozasch.dec.pedemontana 66.n.9. & dec.70. n.11.* attamèn cum de solutione ipsius pęnæ postea agitur, nedùm an intersit, sed quatenus intersit inspiciendum volunt, & ad hanc rationem, solutionem regulandam esse, dicunt, ut idem *Ozaschus* (licèt in quibusdam casibus) admiserat. hinc in ore omnium Brocardicum illud: *pęna debetur, quatenus cum interesse concurrat ex Afflicto dec. 135.* ubi Addentes *Grammat.dec.58. n.8. Fr. Marco q.11.* quod & forum conscientiæ exigere exceptis pęnis, quæ à fisco pro Publica quiete imponuntur, ajunt Civilistæ quoque, & inter cos *Corsetus in suis singul.lit.P.n.14.* *Balbus decis.217.* *Papon.lib.12.* *Aresto 1.tit.9.* *Maranta in speculo disput. 7. num .26.* & faciunt ad id quæ scripserat *Rebuffus* in Comment. *ad trac. de arbitriis art.1.Gl.5.num.18.* Undè *Cavalcanus dec.26.p.2.n.33.* Regulam posuit quod sit positum in electione Creditoris, an pœnam

11 potiùs petere, an verò interesse velit. Cæterum in hoc tractatu de pęnis conventionalibus plura distinguenda esse circa quantitatem, & interesse cum *Menoch. de arbitr. lib.2. casu 255.* omnibus palam est.

12 Quod si quis sub pęna aliquid se facturum promisisset, non illicò in pęnam incidere, quod non fecerit: sed ità demum si fuerit requisitus, & facere non curavit *Mohedanus* monet. *dec.196.* quamvis vix poterit huic doctrinæ locus esse cum stipulationi dies adiecta fuerit *l.12.D.de verb.oblig.* *Decius cons.2.* *Hippol.sing.341.* nisi legitimũ impedimentum debitorem excusaret, ut advertit *Paponius Arest.fin.lib.12.tit.fin.* aut difficultas magna præstationis, & multò magis impossibilitas

Bart.cons.105. *Rot.dec.20.de testam.* Vide etiã *Menoch.de arbitr.casu 498.*



CAPVT VIII.

De lectione §. vltimi ejusdem l.4. D. de verb. oblig. & l. prætor 20. §. hoc autem interdictum D.de novi operis nunciat.

SVMMARIVM.

1 *Distinctio hujus capitis.*
2 *De prima parte idest de intellectu §. fin. lib.4. D.de verb.oblig.*
3 *Oppositio Fabri.*
4 *Responsio.*
5 *Explicatio hujus §.*
6 *Differentia inter dividuas, et individuas obligationes.*
7 *Explicatio illorum verborum, ipsi autem promissori.*
8 *Quid in hæredibus stipulatoris dicendum sit.*
9 *De secunda hujus capitis parte deque Fabriana tex. emendatione.*
10 *Defenditur recepta lectio.*
11 *De Pragmaticorum sententia.*
12 *Quid dicendum si plures sint domini.*
13 *Nemini licere in loco publico ædificare.*
14 *Qui ædificat debet intra trimestre de jure suo docere.*
15 *Qui ædificat in contemptum demoliri cogitur.*
16 *Limita nisi calumniosa nunciatio.*
17 *Aut facta a non habente jus nunciandi.*
18 *Qui restaurat ædificium Vetus nunciationem pati non potest.*

1 Duas hoc Caput partes habet, & in earum prima disputat Noster *Faber* adversùs *§.ult.hujus l.4.de verb.oblig.* in secunda verò contendit emendandam esse lectionẽ *§.hoc autem interdictum l.prætor 20.D. de novi operis nunciatione.*

2 Et ad primum: scribit *Paulus* in citato *§.fin.* quod si is, qui duplam stipulatus est decesserit pluribus hæredibus relictis, unusquisque pro evictione suæ partis, pro portione sua habebit actionem; idemque esse idem ait in stipulatione fructuaria, & damni infecti, & novi operis nunciatione; Restitui autem opus ex operis novi nunciatione pro parte

3 non potest; sed hæc utilitatis causa ex parte stipulatoris recepta sunt. At hæc *Pauli* dicta refelli ait *Faber. num 2.* ex his, quæ idem *Paulus* scribit in *l.2.§.in certum D.de præt.stipulat. quia in hujusmodi stipulationibus*, de quibus

mox

mox dictum est, & similibus, quæ incertam quantitatem scil. ejus quod interest præstationem continent, summa ratione fieri dicitur, ut uno ex stipulatoris hæredibus evincente, in partem ejus stipulatio committatur; hoc enim faciunt verba illa stipulatoris (*quanti res est, &c*) quod cum ità sit, ait *Faber*, non debuit quod summa ratione fit, dici utilitatis causa receptum fuisse.

4 Sed animadvertere *Faber* oportebat q. q̃vis Juris Civilis Regulæ exposcebat, ne ex hæredum persona conditio obligationis immutetur *l. 2. §. ex his D. de ver. obl.* & quia id ex ipsa obligationis natura etiã circũscriptis personis, & ab eis sejũcta pendebat, factũ, ut verificari debere pariter in utriusque hæredibus, stipulatoris scil. & promissoris. Attamen quoniam utilitatis causa suadebatur ab eisdem Regulis recedendum esse ex parte stipulatoris: id *Paulus* in hoc §. *fin.* admisit, & recæpit: dixit tamen hujusmodi utilitatem suaderi summa ratione, summa inquam ratione, non summo iure, idest maxima ratione: Cur enim non potest ex rationali causa, & ratione ipsa, quinimmò ex summa ratione, & urgenti, aliquid utilitatis causa recipiendum esse suaderi, quod tamen summo jure non esset recipiẽdum? igitur hic non ut credit *Faber*, summo juri æquitas opponitur, sed summa ratione æquitas recepta dicitur, eaque summo jure relicto recipitur.

5 Rursùs, & ad hunc §. *fin.* animadvertere *Faber* debuisset non esse temerè, cum de promissoris hæredibus ageretur, obligationem cum potestate confundendam, ut ipsemet *Faber* facit *numero* 5. dum eorum interpretationem refutat, qui verba illa §. (*ipsi autem promissori*) explicant (*ex parte promissoris*) Siquidem vel ex eisdem juribus adductis; nempè ex *l. in exequutione §. insolidum l. cũ ex causa* 139. *D. de verb. oblig. l. supra* 11. *§. officium l. ex damni* 40. *§. penultimo D. de damno infecto*, jam constat, quod licet commissa stipulatione quilibet ex promissoris hæredibus suę partis præstatione liberetur: attamen cum de defendendo agitur, omnes insolidum tenentur defendere; adeò, ut uno aufugiente, omnes aufugisse videantur: & proinde in solidũ committitur stipulatio quamvis, ut suprà monuimus, quilibet pro hæreditaria portione teneatur.

6 Hinc rectè *Paulus* in adducta *l. in executione* 85. ubi materiam hanc totam complectitur, nos admonet, quod interdùm agi oportebit insolidum: quamvis partis solutione liberatio contingat: & hæc sanè potissima differentia est inter dividuas, & individuas obligationes: nàm dividuæ ea sunt natura, ut pro parte committantur; Individuæ verò è contra ut nunquàm committantur, nisi insolidum committantur; nam in illis obligatio dividitur, in his vero non dividitur, ut pluries inculcatum est; sed quamvis ità sit in obligatione, non idem est in præstatione, conveniunt enim circa præstationem dividuæ, tum individuis stipulationibus, cum de hæredibus agitur, & quod præstandum est, sivè dividua, sivè individua obligatio fuerit, semper ab hærede pro hæreditaria dumtaxàt portione præstatur.

7 Sequitur autem ex his, illa verba tex. (*ipsi autem promissori*) ità esse interpretanda, ac si scriptum fuisset (*ex parte promissoris*) nàm in hujus hæredibus verum est, neque defensionem pro parte, nec restitutionem, nec obligationem ipsam ob stipulationem fructuariam contractam pro parte contingere posse, quamvis præstatio, demum in quolibet ex hæredibus pro sua parte contingat, ut dictum est.

8 In hæredibus autem stipulatoris non idem est, quod in hæredibus promissoris: Etenim ex stipulatoris hæredibus unusquisque pro evictione suæ partis propriam habet pro portione hæreditaria actionem, ut *Paulus* ubi supra subjungit, quod, ut diximus, utilitatis causa, sed cum maxima ratione receptũ fuit. Utilitas autem in eo consistit, ut rectè *Cujacius* advertit, & *Gothofredus*, quod ita fiet ut unusquisque quod sua interest, consequatur, nempè ejus, cujus interest causa; quo sensu accipi utilitas solet *l. 2. D. de eo, quod certo loco*. Quod si *Donello* assentiri velis, dices utilitatis causa receptum, quia utile visum fuit, æquitate receptum, quia æquum, id verò, ad hoc ut qui agit utilitatem illam (etiã neglecto summo Juris rigore) quam æquum est eum consequi, consequatur *l. ità vulneratus D. ad l. Aquiliam l. sed, an via D. de pignorib.*

9 Sed nunc ad secundam capitis partem deveniamus, pertinet illa ad emendationem §. *hoc interdictum l. Prætor* 20. *D. de novi operis nunc.* ubi loco illorum verborum (*in publico ædificare*) putat *Faber* sub *num. 6.* esse reponendum (*in eo loco ædificare*) occasionem autem hujus emendationis ab *Accursij* Glossemate in verbo, non erit idem *Faber* accepit, vel ab *Accursianorum* commentarijs.

10 At quam malè recepta lectio mutaretur, intelligi poterit ex eo, quod paulò ante dictum fuerat ex *Paulo* in *l. cum solum* 8. *§. quod si nunciavero D. de novi operis nunciatione*, nempè quod is qui non suo, sed alieno jure nunciat novum opus, ei qui in loco publico ædificat repromissione contentus esse debeat: & insuper ex eo, quod *Ulpianus* dum ad Edicti verba, suam proponebat interpretationem in principio hujus legis & in hoc eodem §. nos monuit scil. quod Prætor de satisdatione tantùm, non autem de repromissione mentio-

tionem fecerit,& proinde, si satisdatum non fit,sed repromissum, huic interdicto locus nõ erit;Nàm ex his intelligimus quod ea quæ sequuntur (*neque enim permittendum fuit in publico ædificare, priusquam appareat quo jure quis ædificet*) rectè sunt prolata ad significandum Prætorem apposite de satisdatione tantummodò egisse, non itèm de repromissione; quoniàm repromissio non frequens, nec in usu fuerat; pertinebat enim illa ad eum casum, in quo quis in publico ædificaret: cùm tamèn quando quis in publico ædificabat,nõ alitèr à Prætore licentiam ædificandi obtinebat,quàm si constare fecisset jus ei esse ædificandi,quo constito, quoniàm de bono jure constabat,repromissioni locus non erat:unde à primo ad ultimum concluditur,meritò non fuisse in edicto de repromissione tractatum: Cæterũ eom *Ulpianus* de repromissione ratiocinetur, fatetur, & in loco publico ædificari quandoque posse, modo jus sit, ædificare volenti, & hoc jus ostendi ab ædificare volente Prætori opus esse,antequàm ædificet, atq; ut ita licentiam obtineat;hoc autem attento,quoniam constasse de bono jure supponit repromissioni non erit locus, nam ad Prætorem pertinet tum cura, ut cœpta ædificia terminentur, tum cura ne loca publica temerè occupentur; & eùm utrumque faciat ad Civitatis decorem ipse utrumque regulabit.

11 *Pragmatici* tñ nullam facientes difficultatem circa lectionem §.*fin.l.4. de verborum Ob:* neque admodùm de ea curantes solùm fatentur, quod si stipulatio damni infecti committatur ad interesse, inter hæredes stipulatoris dividetur: secùs verò si committatur, ut dicũt ipsi, ad factum: ut *Tepata* refert *sentent.* 1. sub *tit.de damno infecto*; cæterùm de hujusmodi *damni infecti* stipulatione, & quando ea interponatur, quibusvè ea cavendum sit: plura adnotavit *Joannes Crispus de Montibus in suo tractatu terminorum actionum*, quem præ manibus Nostri habent, sicut & circa decreta in his facienda,*Menoch.*quędam attulit *de arbitr.lib.2.casu 6.*

12 Quod si non de pluribus hæredibus unius stipulatoris,ut in specie §.*fin.* sed de pluribus Dominis tractaretur, agendumque damni infecti esset pro periculo removendo, fatentur *Pragmatici* contra unumquemque ipsorum agi posse insolidum, & unumquemque insolidum condemnari posse idvè post *Joannem Gallum quæst.*174. *& Paponium lib.* 2.*tit.* 11. *Arcsto* 1.

Rursùs, & illud etiam adnotant, quod in cautione de damno infecto, quilibet admittendus erit, qui interesse habeat ad defendendam partem suam *M. Mantua singul.*655.

13 Porrò ad §. *hoc interdictum l.*20. *D. de novi operis nunciation.* adnotandum erit quod tum Interpretes omnes, tùm *Pragmatici* negant licitum esse in loco publico ædificare; ideòque nunciari posse novum opus cuilibet ædificanti, eique cõtradicere quemlibet posse volunt, post *Bart.consf.*64. *volum.* 1. monẽt quoque ei, qui in loco publico ædificat,nunciationem faciendam esse cum causæ insertione id quod quomodò fiat docet *Borgninus dec.*23.*sub tit.de contractibus*, & advertũt in-

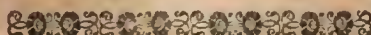
14 super ad materiam ejus, quod dicebamus de Prætore,qui bonum jus ędificantis cognoscere debet, quod is, qui novum opus nunciat intrà trimestre spatium de jure suo bono docere oportet, quo transacto, & oblata satisdatione de demoliendo cęptum opus, ædificare poterit qui cępit *Gaillus observ.*16.*cent. Puteus dec.*129.*lib.*2.*Crescen.in dec.*1.*sub tit. de novi oper.nunciat Leo in dec.*7.*in decis. diversorum tom.*2.

15 Illud verò singulare plerique existimant, quod cum quis cæptum opus ædificat in contemptum prohibitionis & nunciationis sibi factæ, nedùm demoliri ædificatum cogetur, sed & si demum causa cognita Jus ei fuisse ædificandi appareat,damnum passum sibi resarciri non poterit prætendere *Francus dec.* 331.*n.fin.Magon.dec.Lucensi* 29. Quod sanè

16 ità temperandum est, ut non habeat locum cum prohibitio, sive nunciatio evidentissimè injusta, & calumniosa dignoscatur: nàm hoc casu ad demoliendum non debet ædificator astringi *Borgninus dec.*23.*n.*12. sicut si com-

17 pertum foret nuncianti nullum jus esse nunciare, quamvis alius posset, & taceat *Ang.Berons q.*3.*n.*6. ex *Bart.consf.*64.*vol.*1.

18 Denique, & illud apud omnes in confesso est, quod reficienti ædificium vetus novum opus nunciari non possit, nisi illo penitùs destructo, denuò ædificare quis inciperet, de quo *Bocr.dec.*44.*n.*5.



CAPUT XI.

De tex. in l.lex Cornelia 28. D.de Vulgari, & l. pater 10. D.de Captivis.

SUMMARIUM.

1 *Difficilis tractatus legis Cornelia.*
2 *Fabri sententia qua refellitur.*
3 *Explicatur Papiniani Responsum in l. pater 10.§.ult. D. de captivis.*
4 *Obiectio Fabriana desumpta ex mente legis Cornelia reicitur.*
5 *Explicatio ad verba illa, non alienum prætorem, &c. pro nostra sententia expenditur.*

6 *Quid*

6 *Quid sentiant Pragmatici.*
7 *An si institutus religionem ingrediatur substitutio pupillaris expiret? Affirmant Pragmatici.*
8 *Sed malè.*
9 *Quid sentiant iidem Pragmatici in filio deportato.*
10 *Quid in patre deportato, vel servo effecto.*
11 *Refellitur eorum sententia.*

1 TRactatus de lege Cornelia, ejusque vi, & potestate difficilem habet investigationem: at quoniàm nos pleraque ad materiam proposuimus, *suspicionum libris* plura etiam dicturi sumus infra *lib.10.cap.4.* ubi *Faber* nõnulla ex his, quæ hic scribit rettactat, paucis nùnc, quæ hic scripta sunt disquiremus.

2 Et primò aut nos, aut seipsum decipit *Faber* scribens dubitati adhùc posse, an Patre in Civitate jàm mortuo, si filius in hostium potestate pervenerit, ibique fuerit mortuus, hereditas ipsius ex legis Corneliæ potestate ad substitutos pertincat, quando claris verbis pertinere *Jul.* in cit. *lege l. Cornelia 28. D. de captivis* respondet; adeò, ut nullum hæsitationi locum relinquat.

3 Nec dubiũ facere poterat quod *Papinian.* respondet *in l. pater 10. §. ult. D. de captivis*; nàm tandèm in eo tex. id ipsum *Papin.* quod hic *Jul.* concludit, & Prætorem sequuturum non minùs legis, quàm testatoris voluntatem affirmat: ita autem loquutum esse constat *Papin.* quoniàm si non ex verbis expressis, saltem ex mente, & ratione legis desumpsit in proposita specie admittendum substitutum: sicut & *Jul.* ex eadem legis mente respondisse, indicat modus ille loquendi, quo ususest (*sed non incommode dici potest*) ut benè vidit *Cujacius 15. obser. c. 17.* qui, & illud quoque advertit, & cum eo *Eruditiores*, quod in citatis verbis (*non incommode*) vulgata lectio melior est; ideòque præferenda *Florentinæ*, quæ mendosè habet (*non commodè.*)

4 Secundò quod scribit *Faber n. 3.* ne ex mẽte quidem legis succurrendum substituto, eiq; utiles dandas actiones; quoniàm *Papin.* testatur nihil fuisse de secundis tabulis legem Corneliam loquutam; nedùm infulsum est nàm ideò recurritur ad mentem legis, quoniam verba deficiũt; sed etiàm refellitur ex eo quod idem *Faber* monet sub *num.6.* dum asseverat daturum Prætorem utiles actiones accomodando ad hunc casum legis Corneliæ fictionem non potestatem; nàm neque accomodare fictionem Prætor posset, nisi saltèm legis mente, & voluntate foret innixus: nec enim suprà legem est Prætor nec fingere ex se potest ut lex potuit, nisi legis mentem saltem sequatur.

5 Rursùs explicatio, quam *Faber* proponit *num.4.* scil. verba (*non esse alienum Prætorem subsequi non minùs Patris, quam legis voluntatem,*) ità esse intelligenda, ac si Juris Consultus dixisset, quod quemadmodum ei, cui legitimam impuberis captivi hæreditatem lex Cornelia defert Prætor possessionem dat, ad tuendam ejusdem legis Corneliæ voluntatẽ; ità & ei, quem pater impuberi filio substituerat idem Prætor utiles actiones, ex testamento decernit, sequutus ejusdem patris voluntatem: hæc (inquam) explicatio nostram sententiam confirmat potiùs quàm impugnat: Siquidem si à *Fabro* petamus, quo jùre, quave lege Prætor moveatur, ut actiones in proposito decernat? non poterit respondere motũ eum ex juris communis Regulis fuisse; nam illæ in hac specie nedum non assistunt, sed resistunt, & repugnant; recurret itaque ad legem Corneliam, & si non ex verbis, ex illius mente dicet, ità acturum prætorem: affirmabit igitur, & concludet quod nos dicebamus scil. ex legis Corneliæ mente, & voluntate, admittendum substitutum in hac de qua agimus specie, ad quam tamèn si quis alia quærar, adeat *Bacovium ad Treutl. disp. 11. Thesi 9. lit. S.* nam nos hic quid *Vulgares* Interpretes, quidve eorum sequaces *Pragmatici* velint juvat investigare.

6 Et quidem primò *Pragmatici* exiguam, aut confusam hujus *legis Corneliæ* notitiam habent, ejusve tractatum sicut, & interpretationem *l. lex Cornelia 28. de vulgari, & l. pater 10. D. de captivis* tanquam (ut ajunt,) meras subtilitates scholis relinquunt, si tamen aliquando quicquam de ea prægustaverint, statim tanquam certum jactant, quod substituto utiles actiones sint dandæ quoniàm pro Regula habent cum *Petro Gregorio sintag. cap. 8. nu. 17.* quod semper quod æquitas suadeat dandæ sint actiones, undè deficientibus ex legis verbis, utiles dandas volunt ex legis mẽte; nàm sicuti, ajunt ipsi, contrà legem facit, qui salvis verbis, ejus sententiæ, & voluntati adversatur: ità ex lege facit qui ex vi, & mente legis, (quamvis verba deficiant) operatur, ut notat *Tiraquellus in l. si unquam 8. vers. liberos n. 47. C. de revoc. donationibus.*

7 Sed quia apud Nostros magis frequens est casus religionis ingressus, quam captivitatis, ideò *Pragmatici* plerique, quæ de captivis in libris nostris sparsa sunt, ad Religionem ingredientes, accomodare conantur, & exinde apud eos quæri solet; an sicuti per patris captivitatem, ità quoque per illius in familiam Religiosam ingressum, in eaque admissam validam professionẽ substitutio pupillaris evanescat, & magis communitèr, affirmativè respõdetur ex *Bart. Baldo, Capra,* & sequacibus eum *Gallo de except. success. tit. 4. de excep. 19. num. 111. par. 2. & Fusario de pupillari substi-*

*tattione q.*143. cum tamèn si cum captivitate,
8 professio Religiosa comparanda foret; de-
beretetiam.& ad professionẽ,fictio legis Cor-
neliæ, & Juliani sententia in hac *l.lex Corne-*
lia 28. accomodari,dicendo patrem familias
professionem emittentem videri tùnc deces-
sisse, cum emittere incæpit; ideòque tabulas
pupillares confirmari; irà, ut quandocumq;
impubere filio (post professionem paternam
in familia Religiosa emissam)decedente,sub-
stitutus admittatnr; atque idem quod in cap-
tivo, in Religioso patre ratiocinari.

9 Insupèr circa casum illum de filio capti-
vo, & apud hostes defuncto quæri solet quid
dicendum in filio, cui à patre datus pupilla-
ris fuit substitutus: si filius hic non caprivi-
tatem, sed deportationem passus fuerit; & an
uti per captivitatem ità quoque per deporta-
tionem substiturio expiret, & affirmanr No-
stri expirare cum *Bart. Bal.Gngliel.de Benedi-*
ctis, *Rogerio*, & similibus, ex quibus *Sforzia*
*Odus de substit. compend.in prælud. p.*4. *q.*10.
Trentacinquins de subst. 1 *par.* 2.*cap.* 19.*num.* 3
Intriglìolus Gallus, & cæteri penès *Fusariũ*
10 ubi suprà *qu.* 144. qui, & in sequenti *qu.* 145.
id ipsum ex adductis DD. evenire ait, si pater
testator deportaretur, vel ad pœnam capita-
lem condemnaretur, aut si servus fieret. Ve-
11 rùm enimverò hujusmodi tradiriones, præ-
cipuè illa, si capiralem pœnam patet patia-
tur, aut si servus fiat, facilè subvertentur fal-
sæque apparebunt, si ad fictionem legis Cor-
neliæ, de qua suprà dictum est, ejusve subven-
tionem attendere, ut par est, velimus.



CAPUT X.

De Africani cum Papiniano Conciliatione in l. Sticcum D. de solutionibus, & l. cum quis 48. D. eodem.

SUMMARIUM.

1 *De sententia Africani, & Papiniani in citatis juribus.*
2 *Inter eos dissensionem nequaquam esse posse asseritur, quicquid in adversum Faber.*
3 *Accursij conciliatio.*
4 *Defenditur illa adversus Fabrum.*
5 *Pragmatici nostri admittunt Accursij dictum & de Adiecto tractant.*
6 *Si mutetur status Adiecti censebitur revocatum mandatum.*
7 *Idem si cum principali debitore creditor litem contestatus fuerit.*
8 *Cum quis adhibet aliquem ad stipulationem videtur illum solutioni adiecisse.*
9 *Sed Scaccia distinguit.*
10 *Principalis Creditor si statum mutaverit, & efficiatur decoctus non poterit exigere nec rectè ei solutio fiet.*

1 Cum constet apud J.C. omnes, quod Adiecto solutionis causa, rectè solvitur; illud tamèn in disquisitionem venire solet, an si statũ mutaßet Adiectus adhùc solvi ei possit, & in hac controversia contraria respondisse *Afric.& Papin.* ideòque inrèr eos desperatam antinomiam credidit *Faber* in hoc capite, quod & plerique etiam sentière.

2 Verùm enimverò nè his assentiamur facit Primò, quod *Papin.* affirmanti, Adiecto licèt capire diminuto adhùc posse solvi *l.Sticcum* 96. *de solutionibus* annuit *Julianus* idipsum sentiens *in l.eum, qui* 56. §.*qui solet D.de verbor oblig.* atqui *Afric.* nunquàm à Magistro suo *Juliano* discedere solet: igitur verisimile non est *Papiniano*, *Africanum* adversari, quoniam, & *Juliano* quod nunquàm facere solet, adversaretur.

Secundò facit, quod nemo credet *Tribon.* & socios adeò stupidos fuisse, adeò ineptos, ut sub uno, eodemque tit. de solutionibus duo responsa in vicem pugnantia reponere voluerint, quando conciliare ea paucis mutatis more solito facilè poterant.

Tertiò facit quod si *Accursij*, aut *Cujacij* conciliatio non sarisfaciat adhùc aliæ super sunt, quas apud *Genoam de passeribus* in suo *conciliationum libello* invenies, è quatum una facilè auferre dissidium inter hos Jutis Consultos porerit.

3 Cæterùm sicut conciliationum omnium ad hæc jura allatarum, receptior ità & probabiliot *Accursiana* conciliatio est, quæ docet *Julianum*, & *Papinianum* in ea specie Respõdiße, solutionem fieri posse Adiecto, & si statum mutaverit, in qua proponebatur mutatio in melius facta, crat enim filius familias qui Adiectus, & deindè pater familias sui juris effectus fuerat; *Africanũ* verò in alia specie loquutum longè diversa, in qua nempè status mutatio in deteriùs Adiecto contigerat; ur verba indicant illa (*Sivè in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua, & igni ei interdictum, vel servus factus sit*) quibus perstringit cos dumtaxat qui in dererius statum suum mutarunt, & his quadrar ejusdem Africani ratio qua movetur .f. *quod videatur inesse stipulationi, illa conventio, si in eadem causa maneat*; quippe quod tùnc interest stipulatoris mãsisse in eadem condirione Adiectũ, cum in deterius condirionem is mutaverit: at cum melioris effectus est, nil prorsùs interest stipulatoris, & proindè secure poterit pronũ-

cia-

ciari, quod si volens solvere poterat ei, qui in statu minori erat, multò magis eidem jam effecto melioris conditionis solvere poterit si voluerit.

4 Nèc in adversum facit quod *Faber* monet *num.* 3. scil. quod idem de servo dici posset libero effecto, & tamèn etsi ille ad meliorem statum pervenerit, adhùc solvi ei non poterit. Quoniàm respondemus, negando assumptũ; Siquidem nec *Africanus* unquàm, nec *Papinianus* dixère; sicut nec *Julianus*, quod servo libero effecto solvi non possit, nisi proponeretur servum contemplatione Domini solutioni Adiectum fuisse; nàm tùnc quoniàm è Domini potestate egreditur jam alius effectus ne ei solvi possit justissimum est.

Igitur Accursiana conciliatio recipienda, eique inhærendum erit, ut facit etiam *Bacovius ad Trentl. valum. 2. disp. 29. Thesi 3. lit. A.* si tamẽ alicui adhùc ea displiceat, displiceãt, & reliquæ, & ad emendationem deveniendũ crediderit, is adeat nostros *suspicionum* libros nostramque emendationem inspiciat, & an recipienda ea sit deliberet.

5 Sciat tamèn in Foro communitèr *Accursij* sententiam receptam esse; ideoque traditum post *Bartolum, Baldum, Albanum, Alexandrum*, & similes Adiecto solutionis causa, qui Statum mutasset solvi tunc posse, si in meliùs, non in deteriùs mutasset: Unde videndi *Stracca* in tractatu *de adiecto n.* 12. *& Joanne Baptista Costa in tract. de quarta q.* 20. *num.* 2. nàm, & fatentur Omnes Adiectorum usum adhùc vigere in praxi, magnumque commodũ humano commercio, & mercaturæ afferre cũ eodem *Stracca*, ubi suprà *n.* 3. *par.* 2. *& Scaccia de commercio* §. 2. *Gl.* 7. *n.* 33.

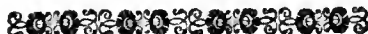
6 Sed quanquàm Adiecto rectè solvitur, mutato in meliorem statu, non tamèn ideò posse eum cogere debitores renitentes ad sibi solvendum, notant plerique cum *Franco*, & Addentibus *dec.* 55. *n.* 25. Quinimmò sunt qui eidem, & si in pristino statu permansisset hanc facultatem cogendi debitores, ut sibi solvant, omninò denegandum velint, nisi Adiectus solutioni in rem suam stipulatus proponeretur, nam alias tantum à spontè solvente accipere, nõ verò adigere ad solutionẽ posse, concludunt cum *Magonio dec.* 34. *Rota Romana dec.* 14. & si omninò audiendus sit in hac materia *Scaccia*, qui de ea disserit in tractatu *de commercio, & cambio* §. 2. *col.* 7. Cæterùm quoad promissorem attinet nemo negat posse eum Adiecto solvere etiam principali Stipulatore invito, quoniam illi posteà Adiectus, quod recepit actione mandati, vel negotiorum gestorum restituere tenebitur, ut advertunt *Gl. in* §. *planè instit. de inutil. stipul. Rota Avenionensis, & Scaccia loco cit.*

7 Insuper quanquàm fateantur *Pragmatici*, quod Adiectus non sit, nisi simplex Procurator post *Rotam Genuensem dec.* 10. ideóque ei facta solutio liberationem parit, adijciunt tamèn plures esse casus, in quibus solutio fieri ei non poterit, quos enumerant *Magon. dec. Lucensi* 5. *& Florentina* 106. post *Bartolum ad l. cum quis* 35. *D. de verbor. oblig.* & quorum præcipuus ille est, de quo hìc tractatur, nempè status mutatio in deterius; nam eo ipso quod Adiectus, patrimonio decoctus, aut fugitivus, aut de fuga suspectus fieret, & magno ære alieno gravatus, censendum erit de ei solvendo revocatum mandatum fuisse: Undè ampliùs solutio ei fieri nõ poterit. *Com. variar. tom.* 2. *n.* 6. *Escobar de ratiocinijs c.* 23. ex generali Regula, quod mandatum ipso jure revocatum intelligitur, cum mandatarius deterioris conditionis effectus sit, quæ Regula ex *Africani* ratione quod conditio subintelligitur apposita, si res in eodem statu permanserit, fulcitur Vide *Catalanum* de indultu *cap.* 55. *n.* 42. *Joannem de Evia lib.* 2. *commerciorum terrestrium cap.* 11. *n.* 43. *& Consil. Roccum* in notatis *de decoctione mercatorum notabili* 47.

8 Porrò si stipulator adversus promissorem litem fuisset contestatus, is non ampliùs poterit Adiecto solvere, etiam quod in eodẽ statu permaneat, ut ex *l. fidejussor* 17. *D. de fidejuss.* notat *Bart. singul.* 36. *Matesilanus singul.* 172. *Petrus Ravenna singul.* 635.

9 Illud sanè pro Regula communiter Nostrĩ habẽt, quod quotiès quis stipulatur aliquod sibi, aut alteri solvi, quoquo modo, id concipiat, semper videbitur illum alterum stipulationi adiecisse solutionis causa, ut ex *Bart. in l. Cajus* 46. *D. soluto matrimonio, Tepata adnotavit. sent.* 1. *tit. de solution. & liberat.* at melius *Scaccia* loco citato *n.* 8. *& n.* 35. ubi distinguit an fuerit in stipulatione dictum *mihi, aut Titio decem*, an verò *mihi, & Titio* decem; nàm primo casu Titius per alternativam erit solutioni Adiectus, Secundò casu Titio veluti extraneo inutiliter stipulatum fuit.

10 Denique, & illud quoque advertendum est quod quæ de Adiecti status mutatione dicta sunt, locum quoque habere volunt *Nostri*, si principalis Creditor statum mutasset in deteriùs; nàm vulgò, quæ dicta sunt ad illũ quoque extendunt, tradentes mutato in deterius Creditoris statu, non rectè debitores ei solvere: etiamsi tempus solutionis advenisset, ut explicant *Stracca de decoct. p.* 3. *n.* 300. & post eum *Consil. Roccus* in citatis notabilibus *de decoct. mercator notabili.* 29.



CAPVT XI.

De lectione l. penult. D.de jure Codicillorum.

SVMMARIVM.

1 *Marcelli sententia in hac l.penultima.*
2 *Nota Vlpiani.*
3 *Prima Fabri oppositio adversus Vlpiani notam.*
4 *Responsio ad Fabrianam oppositionem.*
5 *Expenduntur Marcelli verba adversus conjecturam Fabrianam.*
6 *Secunda Fabri oppositio.*
7 *Reicitur.*
8 *Regula Pragmaticorum,& Vulgarium Interpretum.*
9 *De clausula Codicillari illorum sententia.*
10 *Ea in dubium revocatur.*
11 *Sicuti,& altera ipsorum Traditio,et distinctio inter legata excessiva,& modica.*
12 *Quæ legata excessiva,& quæ modica? remittitur arbritrio judicis.*
13 *Quid de legatis pijs.*
14 *Multa inspiciẽda cum agitur de viribus clausula Codicillaris.*

1 SCripsit eleganter *Marcellus in l.penultima D.de jure Codicillorum* in hæc verba (*is,qui unum filium habebat,cum Codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus harede eo, & quem postea procreavit: adgnitione sui haredis nemo dixerit Codicillos evanuisse: igitur si nihil tùm de posthumis speravit, & codicilli nõ evanescunt, & quæ relicta sunt pro parte dimidia filius, ad quem Codicillus factus est solvere compellitur, non autem posthumus*: In his itaque Juris Consultus concludit Codicillos ab intestato valere, & in illis relicta pro hæreditaria portione prçstanda ab eo,ad quem Codicilli scripti sunt,quod & *Paulus* etiam Respõdet *in l.ab intestato 16.D.eod.tit.* Pergit deindè idem *Marcellus*, & ad alium casum transit (*Sed etsi Codicillos reliquisset duobus superstitibus filijs decedens, cum putaret alterum ex his priùs decessisse simili modo dici potest omnia perindè debere filium, ad quem scripti sunt Codicilli, ac si solus hæres extitisset patri.* At quo-
2 niàm hic casus non dissimilis erat superiori, & similitudinem ipsemet *Marcellus* fatebatur dum dixit (*simili modo dici potest*) justissimè ab *Vlpiano* notatus est quod velit filium omnia perindè debere, ac si solus hæres extitisset; nàm quinimmò, ut in primo casu, partem dumtaxat debebit, ut idem *Vlpianus* cõcludit ibi (*immò dumtaxat partem debet.*)

Verum enimverò tàm justam *Vlpiani* notam quæ parùm abfuit quin temporis injuria, aut librariorum desidia è libris nostris excideret, uti *Vlpiani* ejus autoris nomen excidit quod restitutũ tandem à doctissimo viro *Gregorio Haloandro*, iterum vexat *Faber* in præsenti,& dispungendam esse contendit, quod an rectè faciat investigemus.

3 Et primò ait *Faber* verisimile non videri, quod *Marcellus* in specie secundo loco proposita putarit filium, qui non nisi medietatẽ hæreditatis consequitur, integra legata præstare debere.

4 Sed hæc conjectura ridicula est; nam quomodo verisimile non est, *Marcellum* putasse à filio integra legata præstanda esse, si apertis, & rotundis verbis ità Respondet, an forsan, & si similis hic casus priori fuerit deficiebat talis, qualis color, aut ratio aliqua saltem apparens, qua *Marcellus* potuisset moveri, ut in hoc præstare filium integra legata in illo, partem dumtaxat responderet? Certè non deficiebat. Siquidem in primo casu,qui Codicillos scribit, gravatque filium, eum gravat nam unicum habet, nec de alijs veluti in rerum natura adhùc nõ existentibus vel non adhùc natis quidquam scire potest, aut cogitare; hinc ideò ad integra legata gravat; quia pro certo habet hæreditatem integram habiturum;cum autẽ demùm gravatus nõ haber integram hçreditatem potest dicere, quod ei credendum erit,quod si ad id pater cogitasset utique non adeo gravasset,& quod noluisset eum legata integra prçstare. Sed huic conjecturæ locus esse non videtur,cũ pater scit duos habere filios; nàm & si credat alterum decessisse; scit tamèn habuisse, & dum ille adhùc vivit certus omnino non est cũ jam mortuũ esse, hinc sperare potest adhùc vivere,saltem paterno affectu sibi blandiente. Unde hic secundus casus non tam similis primo, quàm similis speciei tractatæ à *Scevola in l.post emancipationem 40.D.de legat. 3.* videtur.

5 Porrò, & adversùs *Fabrianam* conjecturã faciunt & ipsamet *Marcelli* verba, quæ cum ita se habeant (*Omnia perinde debere filium,ac si solus hæres extitisset patri*) jam ostendunt oppositum ejus, quod in primo casu dictum erat concludere, atque à prima specie hanc secundam separare, illiq; hanc opponere, nec fugit *Faber* sub *num.7.* dicendo citata verba ita explicanda, ut ex illis intelligamus nonminùs in hoc secundo casu Codicillos valere, quam si solus filius, ad quem scripti sunt, in rerum natura fuisset, cum longè aliud sit filium debere omnia legata, & debere inte-

tegra legata. Siquidē huic obiectioni occurritur dicēdo, quod cōtroversia principalis fuerat de præstatione legatorum, oon de valore Codicillorū; nàm constabat ex Regula Codicillos ab intestato scribi, & valere posse, & quamquam sit etiam de valore Codicillorum tractatum id factum propter affinitatē materiarum; & quoniam si non valere Codicillos constitisset utique de præstatione legatorum tractandum non fuisset, proinde cum sic cōcludat *Marcellus, simili modo dici potest omnia perinde debere filium, &c.* jàm supponit validitatem Códicillorum, & de præstatione legatorum Respondet eaque omnia debere, ait: quod idem est in præsenti ac si dixisset integra; nàm cum nulla poterat excogitari differentia inter legatum, & legatum: si ex illis unum debebat filius, & reliqua debebat, & proindè omnia debebat, uode in hoc sensu id moneri à J. Consulto non debuit, sed quia poterat esse quæstio, an debens legata omnia deberet; idest deberet integra nam in hoc sensu omnia dictum fuit, an verò partem eorum, ut in primo caso dictum fuerat; respondet, J. C. affirmando omnia debere idest integra, & non pto parte, & qoamquàm aliàs verum sit, quod aliod sit deberi omnia legata, aliud integra eadem deberi; attamèn cum, ꝑposita materia nūc nō admittat hujusmodi interpretationē, ea uti nec debemus, oec possumus. Cæterùm si de validitate Codicillorū *Marcellus* tractasset non sic loquutus foret (*Omnia legata filium præstaturum, perinde ac si solus heres extitisset*, sed ità Codicillos perinde valere, ac si solus hætes extitisset.

6 Secundò adversùs lectionem receptam opponit *Faber*, quod in Floreotinis Pandectis
7 non adsint illa (*Vlpianus notat*) sed hujusmodi oppositio levis est, & indigna, ut illa moveamur: Siquidèm non adsunt, ut dictum est, ex temporis injuria, aut librariotum incuria, cùm aliàs sciamus *Vlpianum ad Marcellū* notas scripsisse ex *l.27. in fine D. de pignorib. et l.28 D. de administrat. tutorum* quod, & *Gothofredus* notat, & docent viri eruditissimi *Antonius Augustinus* in libello de *nominibus Juris Consultorum, & Jacobus Labittus in suo accuratissimo Judice*.

8 Cum igitur recepta lectio mutanda non sit, audiendi erūt Vulgares Interpretes, & Pragmatici, qui ex illa Regulam statuunt, quòd quotiès aliquem testator gravare, neqoe implicitè, neque explicitè cogitavit, is legata præstare non cogitur, ut *Barbatius* scripsit *cons.60.*

9 Sed quod hic de Codicillis dicitur, & de eorum validitate etiam testatore intestato mortuo ad testamentum Nostri trahunt, & ut illud tāquàm Codicillū valere faciant, Clausulam codicillarem induxère, eaque fieri, ut legata relicta in testamento demùm rupto debeantur contendunt; quoniam ajunt hæc clausula apposita facit, ut testamentum tanquam Codicillus valeat ab intestato, & legata in eo relicta existimentur veluti legata relicta in Codicillis ab intestato, nàm ita post alios ratiocinantur *Jason*, & sequaces & post eos *Gama decis. Lusit. 196. Ciriacus contr. 17 num. 6. Andreolus contr. 94. n. 2. Menoch. præ-*
10 *sumpt. 4. præsumpt. 33. nu. 22.* Quorum tamèn sententia subverti poterit duplici ex capite. Primò quia ob tex. in *l. non codicillum C. de codicillis* vix hujusmodi Clausulæ locus relinquitur, quaodo testatorem, testari potius, quàm Codicillos facere ab intestato voluisse constat. Secundò quia dum in hac *l. penult.* de qua agimus, filius dumtaxàt, ad quem Codicilli directi sunt legata præstat intelligimus, ex hoc non obscurè, filium alterum, & posthumum quoniàm ab intestato succedūt, legata non præstaturos; proindè dici oporteret Clausulam Codicillarem tùnc operaturam, cum qui iostitutus est, & à quo legata præstari testator voluit, succedit. & si rupto, aut nullo effecto testamento; tunc enim, quia succedit, ex judicio, & saltèm electione testatoris, & si non ex testamento, debet hùc morem gerere testatori præstando ea legata, quæ ab eo præstari testator voluit atq; ita in hoc casu poterit dici respectu hujus filij testamentum valiturum, ut Codicillos vigore Clausulæ codicillaris; idve justissimum esse, ut legata ex voluntate patrisfamilias ab eo à quo præstari voluit præstentur.

11 Rursùs distinctio illa, quam alij invehere conantur inter legata excessiva, & magnæ quantitatis, & legata quæ talia non sint; ità, ut posthumum ignorantèr præteritum, extraneo hęrede instituto adeoque irrito testaméto, & nullo effecto ea lęgata, quæ modica, & rationabilia sunt pręstare velint, vigore clausulæ codicillaris, non item excessiva, ut cum innumeris notat *Turretus de clausula codicillari q. 76. effectu 49.* & inclinat *Francus dec. 1. n. 17. Laur. dec. Avenion. 45. num. 6.* & alij apud eundem *Turretum* obi suprà *q. 73. effectu 26.* ea nimirùm ratione, quod legata excessiva credendum sit testatorem ab extraneo hærede à se instituto præstare voluisse, non item à filio, si scivisset illum hæredem habiturum, sibique successurum. Hæc, inquam, distinctio poterit etiam ex hac nostra *l. penultima* labefactari, nàm si conjectura sumenda esset ex affectione testatotis, quam mioorem circà extraneum institutum, majorem verò circà filium supponimus: utique in specie hujus legis posthumus filius succedens legata præstaret, etenim si testator, voluit illa præstare filium, à se cognitum, dilectum, &

in-

institutum, quanto magis, & filium alterum præstare cum voluisse credendom erit; ne dicamus minori dilectione prosequutum testatorem fuisse filium quem habebat suæ mortis tempore præsentem, & quem de se benè merentem hæredem ex asse fecerat, quam eum, quem nesciebat habere, & citrà (ne dicam contrà) suam voluntatem habet successorem; cum autem hæc ratiocinatio, vel ipsis *Pragmaticis* nota fuerit, qui eadem utuntur, cum de fideicommisso universali introducendo ex Codicillari clausula tractant: ut videre est apud eundem *Turretum q.59.n.11.* non debuère ex conjectura affectionis intèr extraneum, & filium, legatorum præstationem regulare; nam nec eadem conjectura majoris inter unum filium, & alterum affectionis Juris Consultos usus est in hac *lege*.

12 Utcomque tamèn se res habeat, inspecta Juris dispositione: certè in *Pragmaticorum* sententia absolutum est, quod legata excessiva nō præstātur: unde in Jodieis arbitrio repositum esse olgò asseritur, ut judicet quæ legata uti excessiva non debeantur, & quæ talia dicenda sint, sicot, & quæ modica nam inspectis bonorum valore testatoris, & qualitate personarum modicum, vel excessiuū arbitrio judicis apparebit, ut prudentis viri, quod uidere est apud *Menoch. præsumpt.4. præsumpt. 32. n.14. Turretum dicta q.73.n.3.*

13 At illud non æqoè absolutum est, utrum scil. distinctio habeat locum in relictis ad pias causas; adcò, ut excessiva legata, & si pia præstanda non sint à filio, qui patri ab intestato sucecdit, cum modica præstentur, nam sunt qui adhibendam distinctionem velint cum *Crato cons.66.n.24. Tesauro dec.141. num. 14.* & seqoacibus, sunt alij qui adhibendam negant, & indistinctè legata omnia ad causas pias præstanda cum *Gabriele lib.6. conclusionū tit. de clausulis concl.8.n.13 Menochio d.lib.4. præsump. præsump.32.n.23.*

14 Denique qooad hanc Clausulam Codicillarem attinet, plura advertenda esse, & utrū futuri temporis, an præsentis verbis concepta sit monuit *Turretus* ubi supra, & utrum suo loco, & testatoris judieio, an verò supervacaneè, & à Notarijs ex stilo fuerit apposita scribit *Mantica de conject. lib 3. tit.14. & Reg. Merl. cent.2. contr.78.n.13.* & utrum à juris perito, an verò à rustico, & utrum in vernaculo sive vulgari sermone declarata testatori fuerit, & de illius significatione loquutum; advertendum voluit *Bursatus cons.436. nu.7. lib.4.* & utrum in testamento obi extranei instituti, an verò ubi filij, aut cæteri venientes ab intestato fuerit apposita. *Hodierna* in Additione ad *Surdum dec.293. & Merlinus de leg. lib.5. tit.2. q.4. num.10.* inspiciendum voluère; proinde ea omnia & his similia, quę apud Nostros inveniuntur, prudenter pensitanda erunt.



CAPUT XII.

De expositione tex. in l. cum pater §. donationis D. de legatis 2.

SUMMARIUM.

1 *Difficultas hujus tex.*
2 *Emendatur lectio recepta.*
3 *Contra Faber insurgit.*
4 *Diluuntur Fabri oppositiones.*
5 *De ratione dubitandi in præsenti ex Accursio.*
6 *Eadem ex Fabro.*
7 *Vera tex. explicatio.*
8 *Quid Interpretes eliciant ex juribus adductis.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Horum traditio de verbis impropriandis, ut voluntas servetur.*
11 *Item de mente attendenda, & explicanda.*
12 *An ex verbis eunnciativis fideicommissa eliciantur.*

1 Textus in *l. cum Pater 95. §. donationis D. de leg.2.* varias patitur difficoltates, nedùm circa lectionem, sed & circa explicationem ipsius; & quidem primò quoad lectionē attinet, hęc in pandectis Florētinis, ità se habet (*donationis prædiorum epistolam, ignorante filio, mater in æde sacra verbis fideicommissi nō subnixam deposuit, & literas tales ad Æditunm misit: Instrumentum voluntatis meæ post mortē meam filio meo tradi volo. Cum pluribus hæredibus intestato diem suum obijt, intelligi fideicommissum filio relictum Respondi, non enim quæri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.*

2 In his autem verbis negotium plerisq; viris doctissimis facessit forma illa loquendi (*cum pluribus heredibus intestato diem suum obijt*) videtur enim illam in principio innuere, quod de matre testatò defuncta sermo sit; & postea dicit intestato obijsse. Hinc ab ijsdē doctissimis viris, dempta voce intestato repositum fuit (*cum pluribus hæredibus institutis diem suum obijt.*

3 Sed *Faber* in præsenti in adversum insurgit, & receptam lectionem tuetur, moveturque ea ratione, quod matrem intestatam decessisse indicant literæ ad Æditum missæ, qoibus con-

continebatur, instrumentum voluntatis suæ filio tradendum esse post mortem suam; indicant enim ea verba, nullum aliud adfuisse instrumentum voluntatis matris familias.

4 Sed hujusmodi consideratio non stringit; quippèquæ & si ex ea benè posset concludi apud Æditvum nullū aliud præter donationem adfuisse instrumentum voluntatis matrisfamilias: non ideò sequitur aliud nullum domi, aut alibi esse posse, ab eadem matre familias confectum, & relictum; tantò magis, quod in contrarium urget, quod pluribus hæredibus relictis, defuncta mater dicatur, quando, nisi testamento facto, plures hæredes habere mulier, quæ unicum filium habebat non poterat; unde dicendum testamentum fecisse eam, atque ideò voluntatis suæ aliud etiā instrumentum reliquisse; nisi ut facit *Faber num.* 1. dicas mulierem in proposita specie plures habuisse filios id, quod nedùm divinare, sed falsum asserere est; cum J.Consultus de uno tantùm faciat mentionem, & hæredes nominat eos qui si & ipsi filij fuissent, aut filios, aut fratres illius, ad quem donatio directa fuerat, appellasset.

5 Sed a lectione ad explicationem §. descendendo; illud quidem certum est, in proposito Rationem dubitandi fecisse, quod mater cum eo, io quem voluntatis intentionem direxerat, loquuta non fuerat sed cum alio; At ad hanc dubitandi rationem *Papin.* Respondet; non quæri cum quo loquuta sit, sed in quem intentio dirigatur. Verum & si ita sit adhùc incertum apud nos remanet, cū quo loquuta mater familias proponeretur; Hinc *Accursius*, & sequaces cum Æditvo loquutam eam volunt, & illi scribendo in illis verbis) *instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio meo dari volo*) fideicommissum ab eo reliquisse in filij favorem, cùm tamen potiùs cum hæredibus loqui, & ab eis fidei-

6 commissum, nam ab eis prçstandum, relinquere debuisset. At *Faber* contendit dicendum esse cum filio matrem loquutam, non cum cæteris hæredibus ab intestato successuris, & si cum his loqui potiùs oporteret; nam hi fideicommisso abstringebantur, nōn cum Æditvo, cujus fidei nihil committebatur.

7 Mihi tamèn videtur utramque expositionem scil. tàm *Accursianam*, quàm *Fabrianam* mutilam esse, & mancā proindè fore utramq; insimul conjungēdam ab eo, qui illis uti velle, hinc dicere duo apud *Papinianum* in dubium revocari potuisse. Primum cur non ex donatione quod datum fuerat filio deberetur. Secundum cur ex fideicommisso deberetur. & ad primum Respondet, quod ideò ex donatione peti non poterat; quoniàm quamquam illa fideicommissi verbis non fuisset in-nixa, ideſt quāquam in ea nulla mentio mortis, nullum indiciū, quod voluerit post mortem suam effectum sortiri, & ab hæredibus res donatas præstari, unde simplex, & absoluta donatio credi poterat: attamèn quoniàm instrumentum ipsius apud Ædem sacram, ne filius sciret, aut habere posset reposuit, & quoniam Æditvo scripsit mater familias, ne daret nisi ipsa jam mortua; satis ex hoc indicatum noluisse dispositionem tamquam donationem valere, & ex ea tanquàm donatione agi posse; nàm utique, si ità voluisset in vita sua instrumentum dari filio jussisset; nàm & in vita sua donatio facta effectum donationis sortiri poterat.

Ex hoc autem patet Responsio, & ad secundum, nempè quud ideò fideicommisso agi potest, quoniàm mater etsi cum Æditvo loquuta sit, eique donationis instrumentum tradiderit non item cum hæredibus; quoniam tamen enixam ostendit voluntatem suam, quæ erat, ut post mortem suam filius res illas, quas donatione complexa fuerat, consequeretur; hoc sufficiens visum est ad fideicommissum ab hæredibus præstandum, inducendum; nam intentio, (quamvis non verba) illis erat directa à quibus exequenda erat, licet locutio ad Æditunm dirigeretur. Ec hæc modò explicatio suprà citati responsi esse poterit. Cæterùm illud evidens est, quòd fideicommissum multò meliùs, ut facit *Accursius*, elicitur ex verbis Epistolæ ad Æditvum, quàm ex verbis donationis, ut credit *Faber*; nàm si verum est, quod accuratè Juris Consultus advertit, donationem non fuisse verbis fideicommissi subnixam nullo modo, ex ipsa elici fideicommissum poterat; nam si in epistola verba apta ad fideicommissum importandum, utique donatio verbis fideicommissi subnixa, quod tamen Juris Consultus negat.

8 Hunc autem *Papiniani* Responsum in hac *l. donatione* 26. & in *l. Pater fam.* 79. *D. de legatis* 2. *Repetentes* omnes conjungere solent cum altero ejusdem *Papiniani* in *l. miles ad sororem* 77. *sub eod. tit. de leg.* 2. & elicere ab utroque, quod non refert, cum quo testator loquatur, quando verba, quæ profert, dispositiva sunt, & ità *Bartolus*, *Baldus*, & sequaces, cum quibus *Aquilinus* ad *rubr. de verb. oblig. num.* 117. docuère,

9 *Pragmatici* quoque & hoc ipsum in Foro afferunt, passim dictitantes, non tàm directionem verborum, quàm testatorum mentem, in fideicommissis præcipuè attendendam esse *Rolandus à Valle cons.* 20. *Kiminaldus cons.* 544. alijque, quos citat, & sequitur *Castillo quotid. resolut.* 4. *cap.* 7. & *Franciscus Maria Prato discept. forens.* 1. c. 8. quorum assertio ex hac *l. in* §. *donationis* firmatur; nàm

nàm

nàm in specie ipsius nèc donatio fuerat verbis fideicommissi subnixa, nèc in epistola factum fideicommissum; & tamèn illud ex matris familias voluntate elicitum debeti, concludit Juris Consultus.

10 Hinc, ut testatoris voluntas servetur, eam potiùs attendendã esse, quam verba; quinimmò, & hæc impropriari posse, & restringi passim Nostri exclamant cum *Teodoro allegatione* 13.*num.* 8. *Consiliario Staibano resolut. forens.* 37.*num.* 26. *& Francisco de Petris cons.* 31.*num.* 14.*& cons.* 64.*num.* 11.

11 Et hinc quotiès verba obscura sunt, aut ambigua, ad testatoris mentem attendere nos debere, eamque mentem conjecturis venari, passim docent; quod sine conjecturis aliquantulum innotescere possit, tùnc talis explicanda, & præsumenda est ex vi, & potestate Juris, qualis viri boni in specie, de qua agitur, fuisset. Vide *Manticam de conject. lib.* 3.*tit.* 2.*num.* 6. *Peregr. Hondedeum, & sequaces, eum quibus Castillo quotid.* 5.*cap.* 101. *& Consil. de Rosa consult.* 2.*num.* 76. Unde nil frequentiùs in ore eorum qui sunt in foro, quàm testatorum verba etiam inepta, attenta eorum voluntate, benignè interpretanda, atque substinenda, de *Protis de interpretat. ultimarum voluntatum* 2.*dubit.* 2.*fol.* 8. id, quod nedùm in fideicommissis, sed, quod magis difficilè est, in hæredum institutionibus, *Mantica* admisit in *cit. tract. de conject. lib.* 4. *tit.* 3. *num.* 5.*& seq.*

Porrò cum nonnulli ex Interpretibus, ex his Jurib. scil. ex §. *donat. & ex l. miles ad forovem*, soleant asserere, quòd etiam ex verbis enunciativis fideicommissum desumi poterit. Plura ad hanc rem adducunt *Casanatta cons.* 15. *Castillo quotid.* 5.*cap.* 89.*nu.* 7.*& Cons. de Rosa consult.* 40.*num.* 16.



CAPVT XIII.

De interpretatione tex. in l. si hæres 110. D. de legatis primo.

SVMMARIVM.

1 *Fabri sententia.*
2 *Ejusdem ratio.*
3 *Reicitur quod ad primum caput.*
4 *Reicitur quo ad secundum caput.*
5 *Explicatio legis si servum* 31.*D. de pign. act.*
6 *Quid dicendum de Servo commodato.*
7 *Pragmaticorum traditio, & Interpretum.*
8 *Hi fatentur quod qui pessimum servum solvit minus solvit.*
9 *Qua actio competat.*
10 *De servo debito à testatore, & legato ei cui debebatur.*
11 *Semper actio doli excluditur cum alia superest qua agi possit.*
12 *Dolum nunquam præsumi, & censeri semper exclusum.*

1 MAlè ab omnibus Interpretibus acceptã *l. si heres* 110. *D. de leg.* 1. credit *Faber*, quando ipse pessimè eam accipit: siquidem dum *Africanus* in ea Respondet (*si hæres generaliter servum, quem ipse voluerit dare jussus; sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse putabat Julianus: sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det: ad hoc tenetur, ut & alium hominem præstet: & hunc pro noxa deditione relinquat*) noster *Faber* hæc ità explicat, ut velit *Africanum* in illis id ipsum quod à principio, asseruisse, & nequaquam adversùs Julianum respondere, illumque corrigere, ut vel ex ejusdem Juliani, aut ex propria sententia eum facere *Accursius*, alijque antiquiores Interpretes, & *Cujacius* inter *Neotericos tract.* 8. *ad Africanum* crediderant; dùm in proposita specie non de dolo, sed ex testamento, aut noxali actione agendum esse volebant, quando de dolo agendum fuisset.

2 Nullam tamèn aliam *Faber* sententiæ suæ, quæ ex Diametro cum verbis Juris Consulti pugnat, rationem, aut conjecturam affert, nisi illam quod verisimile non sit, *Africanum* tàm facilè sententiam mutasse. & quod hæres, qui sciens servum furem dederit legatario, debet severiùs puniri, quam actione noxali, ut ex testamento puniendus veniret.

3 Sed primò conjectura de mutatione sententiæ, levissima est, & contemnenda; siquidem nemo, vel parùm in Juris nostri libris versatus ignorat, Juris Consultos plerumque dubitandi causa nonnulla proponere, & asserere, quæ mox reijciunt, & refellunt; aut nõ curantes relinquunt, & oppositum eorum concludunt; plerumque etiam & Compilatores brevitati nimiùm studentes quæ dicta fuerant resecarunt, & ex abrupto oppositum ejus, quod sperabatur, concludere fecère, & ipsos J. Consultos ex uno, aut altero verbo in adversam partem transire. priori quoque alterius Juris Consulti responsum adtexere cõsueverunt, eoque, præcedentem improbare, & respuere; unde non investigandum, an mutaverit nec ne revera sententiam Juris Consultus, sed sufficere mutatam nos in Juris libris legere ut mutasse dicamus; nec nobis parum verisimile quod tàm citò sententiam mutaverit, nàm ut dictum est, & compilatores mutarunt plurima, & ipsi Juris Consulti,

quæ

quæ dobitationis causa propofuère teiciunt. & fæpè fæpiùs vatiasse propositum ipsos,atq; alitet, quandoque Respondisso viri doctissimi ante mo obfervarunt, præcipuè *Emmundus Merillus Variantium ex Cujacio cap. 11. & obfervationum cap. 37.* post *Cujacium 4.*
4 *obferv.cap. 1. & 29. obfervat. cap. 2.* At illud quoque verum non est, quod *Faber* tanquam certum assumit scil. quod hæres qui fervum, & si furem, tradidit, jam fuerit in proposita specie liberatus;nam hoc ipsum est, quod distertè *Africanus* negat addocta Regola generali, quod non liberatur hæres, fervum generalitèr debens, si pessimum solvat *l.legato generali 37. D. de legatis primo*; videtur enim aliud pto alio solvere, aut certè minùs solvere, dum mediocrem saltem debens pessimum solvit,quod cum ità sit,advetsùs ipsum supeterit adhùc actio ex testamento,qua uti legatarius possit; & proindè, alia existentc actione nō fit de dolo actioni locus ex Regula *legis primæ D. de dolo*, cum non sit hæc necessaria ne ad hoc quidèm ut credit *Faber*, ut actio ex testamento restituatur legatario, à quo nunquā omninò discessit; & sanè si legatarius agendo, ut idem *Faber* fatetur, nō cogeretur pessimum servum accipere,quomodo cogendus erit, postquàm imptudens,& infcius accepit pessimum retinere? quando nec hæres, qoi mala fide tradidit voluntati testatoris, & jutis dispositioni obtemperavit; ideòque nec liberationem consecutus est, ut diximus:nisi tamen ponamus quod ab hærede sciente, & mala fide solvente legatarius volens, & libens servum furem acceperit, quo casu scientia, & consensus suus ei nocet; atgumento *legis Tutor §. penult. D. de pignoratæ actione.*

5 At illud, quod scriptum extat ex eodem *Africano in l. si servus 31. D.de pign.actione*, nempè non liberari debitotem,qui sciens furem servum creditori pignori dedisset, si pro noxa eumdem dare velit: contra ea, quæ dicta sunt minimè facit, ot quidam existimabant, idvè non solùm ea tatione, quia ut *Accursius*, & *Bartolus* advertunt,actio ex testamento ab actione ex contractu distinguenda est; sed etiam quia Legislatori visū est,ut ego existimo, acerbiùs puniendum esse cum, qui creditorem, à qoo beneficium acceperat, falleret, servum furem pignori dando; quàm hæredem, qoi non alia ratione legatario tenebatur, quam quia ei dare testator servum jussisset.cæterùm ad favorem creditoris etiam utilitas teciproci commetcij militat, aliaque quæ ad legatarij non faciunt.

6 Quid autem de servo fure commodato dicendum sit? *Africanus* in hac *l. si servus 31.§.eadem*,& *Paulus in l.si servus 21.D.commodati* nos docent; quæ juta, & si ad ea *Dion Gothofredus* qoædàm notet,latiùs *Cujacius ad Africanum* explicat.

7 *Pragmatici* autem Intetpretesque vulgates in hoc *Africani* Responso,de quo agimus parùm attendunt ad distinctionem quam Juris Consulti faciunt inter actionem doli, & noxalem, & ex testamento;parùm etiam cutant quid tandèm concludat *Africanus* adversùs ea, quæ paulò antè moverat. Sed aut confundentes omnia, aut idem quod *Faber* sentientes passim scribunt, quod hæres, qui sciens servum furem legatario dederit; quoniam malè solvit non liberatur; ideòque nedum actione ex testamento,sed ex dolo etiam tenebitur: laudant que *Bartolum*, & *Baldum*, & similes Authotes.

8 Ulteriùs, fatentur eum, qui servum furem solvit minùs solvere eo, quod debebat, ut diximus, nàm cum mediocrem dare debuisset, pessimum dedit, & pluta ad hanc rem notant ex *Rebuffo*, & *Gedeo ad l.minùs D. de verborum significatione*,& *Monticula de invent. hæredis regula 34.*

9 Porrò cum sciant ijdem *Pragmatici* tres actiones legatario pro consequutione legati competere,quas explicant,& enumerant cum *Guidone Papa quæst.483. Josepho Ludovico decis. Perusina 23.* adnotant in proposita specie unam earum,personalem scil. ex testamento intentandam juxta tradita à *Grammatico decis.103.num.104.& 139.* nàm generalitèr dicunt ipsi,ita cautum in jure esse,ut quāvis legatarius dominium tei legatæ nactus fuerit,aut etiam possessionem illius,possit tamen agere ex testamento, si aut realis possessio, & cotporalis, aut aliquid aliud ei desit, & ità ratiocinantut post *Ozascbum decis. 36.Boerium decis. 156.*

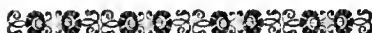
10 Quod si testator hominem Titio debens jussisset hæredi ut solveret,liberari hæredem, si eidem creditori, & legatario, electionem dederit, ut quem velit servorum accipiat, concludunt omnes cum *Rota Romana in antiquis sub tit.de testamentis decis. 11.*

11 Id verò, quod proximè dicebamus de actione doli, deque ea non danda, cum alia suppetir: communitèr receprum est. Unde si vel suppetat restitutio in integrum ad dolosam actionem decurrendum non esse,visum *Bartolo in l.2. C. de fidejuss. Min.* Et proindè quidquid *Faber* hic disputet quotiès ex ipso contractu descendens qualis qualis actio superfit, de dolo agi non posse,notat *Ozascbus decis. 137.num.5.& num.17.*

12 Quinimò adeò hanc de dolo actionem abhorrent Nostri, ut passim contendant dolum non præsumi, dolum non videri contractum ab eo, qui actum egerit, ex quo utilitatem nullam sentit; doli actionem, nisi magna calliditas intervenerit

R dan-

dand am non esse: fraudis suspicionem cessare cum sit aliquid fieri solitum: in dubio dolum excludendum: & his similia adijciūt: ut videre est apud *Cravettam cons.* 18. *num. penult. & cons.* 44. *& cons.* 319. & apud *Rotam Genuensem dec.* 168. *n.* 11. *num.* 4. *Rotam Romanam dec.* 172. *n.* 13. & passim.



CAPVT XIV.

De Lectione, & Explicatione §. quoniam l. cum tabulis 16. D. de his quæ ut indignis auf.

SVMMARIVM.

1 *Textus Verba.*
2 *Expositio Accursij erronea.*
3 *Cujacij explicatio non vera.*
4 *Fabriana explicatio reijcienda.*
5 *Traditur vera, & germana explicatio.*
6 *Repetentium sententia.*
7 *Respuitur.*
8 *Aliorum sententia de invaliditate donationis.*
9 *Exceptiones.*
10 *De uxore putativa, & quomodo distinguendum.*
11 *Iterum in actibus inter vivos distinguendi tres Casus.*
12 *Primus casus.*
13 *Secundus casus.*
14 *Tertius casus.*

1 Papinianus in l. cum tabulis 16. §. quoniam D. de his, quæ ut indignis auf.* Respondet: *quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur, ejus, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est actio non denegabitur, idque in testamento Coccei Cassiani clarissimi viri, qui Ruffinam ingenuā honore pleno dilexerat opt. max. Principes nostri judicaverunt: Cujus filiam, quā alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgò quæsitam apparuit.*

2 In his *Papiniani* verbis, ante omnes impingit *Accurs.* in specie fingēda dum scripsit Cassianum, qui Ruffinam ingenuam Concubinam habuerat ejusdē Ruffinæ filiam vulgò quæsitam de stupro appellasse, & ut illa sibi Concubina foret petijsse: quod cum non rectè dictum statim visum fuisset idem *Accursius*, & ab antiquioribus plerisque meritò notatus extitit, & nunc denuò à *Fabro* hic repræhenditur; sed multò magis re-
3 præhendendus venit *Cujacius*, qui *obser.* 5. *c.* 5 Coccejum Cassianum nedum tentasse, ut dicebat *Accursius*, sed stuprum commisisse cum privigna, eamque in Concubinam habuisse scribit, atque ità viro clarissimo Coccejo notam imponit, qua ne vilissimus quidem homo fuerat notandus, & innrendus; siquidē dū nemo ignoret quod etiam J. Civilis Romani dispositionibus inspectis in quarū terminis loquimur, sicuti ea, quæ in Patris concubinatu fuerat, filij idest privigni sui concubina esse non poterat *l.* 7. *D. de gradibus*: ità è contrà ea quæ privigna fuit, Concubina patris esse non potuit; nunquam erit credendū hominem, quem, & dignitas, & *Papiniani* testimonium clarissimum facit tàm manifestè in leges deliquisse, præsertim cum adeò honestum, & verecūdum eum fuisse dignoscimus, ut *Ruffinam* ipsam, quæ quæstum corporis fecerat, vulgòque filiam quæsiverat, quamque in concubinam dumtaxat habere potuisset voluit, & pleno honore diligere adeoque, & maritali, idest per quam honestissimè apud se habere; Nec *Cujacium* ejusve in hac re Sequaces defendit Regula illa, quod non sit novum in jure civili, ut cum ea cum qua non est connubium, sit concubinatus *l.* 1. *D. de concubinis* etenim Regula illa locum sibi vindicat, quoties connubium impedit ejusdem Juris Civilis dumtaxat dispositio; non item cū, & naturalis ratio & publica honestas impedimentum tribuit, alioquin si indistinctè Regulam acceperimus, & dixerimus, quod cum qua non est connubium, sit concubinatus: sequeretur, & cum noverca, & cum nepte, & hujusmodi conjunctis mulieribus concubinatum esse posse; quod falsissimū est. Nec Civiles leges, quæ alioquin concubinatum permittebant (unde merito à Sacris Canonum jussionibus abrogatæ) id admittere ausæ sunt, ut rectè ad hoc responsum, de quo agimus ratiocinatur *Emūdus Merillus obser.* 5. *cap.* 17. cujus sententiam probāt nedum Constantini Harmanopuli verba in juris Prochiron *in lib.* 4. *tit.* 6. *cap. de vetitis, & illicitis nuptijs*, sed & *Justiniani* Sanctio *in l. si quis alumnam* 26. *C. de nuptijs*, ubi ait *nec enim homo sic impius invenitur, ut quam ab initio loco filia habuit eam postea in suo collocet matrimonio*, & dum prohibet ne nuptiæ contrahantur cum ea quæ, ut Alumna educata fuerat, idest, ut filia ob solam illam honestatis rationem quæ provenit ex mera extrinseca denominatione: innuit multo magis prohibitum esse concubinatum (in quo & honestatem aliquam Jus Civile requirebat) cum ea quæ nedum alumna, & loco filiæ educta, sed & privigna fuit.

4 Cæterùm sicut suavis est *Accurs.* qui verbum illud *Papiniani appellaverat* sic explicat ac si de stupro paulò ante loquutus J. Consultus ad illud ly *appellaverat* referret; quando etiam Cęcis patet fuisse verbum illud pronun-

nunciatum relativè ad illud (*Alumna*) nam Coccejus,& cohæredem Filiam Ruffinę scripserat, & Alumnam suam appellaverat, ita & suavis quoque *Faber* est dum sub *num*.9. ait *Ruffinam* ipsã non ejus filiã à Coccejo alumnam appellatam, & cohæredem scriptam fuisse. Siquidem hujusmodi expositio primò à verbis tex. apertè respuitur unde necessitas fuit *Fabro* invertendi eadẽ,& traspónendi,secũdò inutilem reddit postremam illam clausulam (*cujus filiam vulgo quæsitam apparuit*) quorsum enim hæc, & quid ad rem si *Ruffina* illa erat de qua agebatur, quę alumna appellata quęve nepti data cohæres fuerat? an ad hoc uti *Faber* ait ne dignosceremus *Ruffinã*,& si ingenuam potuisse in concubinatu esse ad textum in *l.in concubinatu* 3. *D.de concubinis*. At si ad hoc fuit Clausula adiecta à *Papiniano* adhùc inutiliter fuit adiecta, & otiosè, cũ potuisset Juris Consultus alioquin acutissimus, & concisus omissa circum locutione simpliciter dicere (*Ruffinam ingenuam sed quæstuosam*) aut *Ruffinam quæ quæstum fecerat*, aut modo simili, & elegantiori loqui. Cum ergo ita non fuerit loquutus sed de filia *Ruffinæ* ejusve Natalibus tam distinctè fecerit mentionem ad aliquid id importare omninò & credendum, & dicendum erit.

5 Omissis igitur *Accursij*, & *Cujacij* opinamentis,omissis quoque *Fabri* conjecturis de vera tex. expositione agendum eamque invenite operepretium erit, & mihi donec alij meliora afferant videtur dicendum.

Quod cum juris Regula foret, quod Concubinæ donari, aut legari non possit *l*.3. §.1. *D.de donationibus*, nisi ea concubina fuisset, quæ cum liberta foret,potiùs motem patrono gerere, quàm stuprum pati dicendum esset: nam huic soli dandam esse actionem placuit; Voluit *Papinianus* hanc exceptionem, & ad alium casum porrigere scil. ad eam, quæ & si revera liberta non erat, credidit tamen se talem esse, ideoque in patroni putativi concubinatu mansit; nam quamquàm hæc quia ingenua, revera non patroni concubina fuerit, attamen quia se libertam putabat excusanda ob bonam fidem videtur. Ad hoc autem asserendum, attulit Papin. Principum Rescriptum latũ in causa Coccei Cassiani viri clarissimi. Is nanque Coccejus cum Ruffinam in concubinatu habuisset, sed plenò, & maritali honore, & habuisset etiam in alumnam ejusdem Ruffinæ filiam, atque ità privignam suam, hanc instituit, & cum nepte hæredem scripsit. Tamen defuncto ipso Coccejo, hæc alumna controversia passa fuit duplici ex causa, Prima quod ipsa vulgò à matre quæsitam fuisse apparuit; ideòque nec hæres, neque alumna digna viro clarissimo, qui utique si id scivisset, nec hæredem fecisset, ne alumnam appellasset. Secunda quia cum ingenua *Ruffina* mater fuisset, non poterat concubina esse; ideòque non videbatur motem patrono gessisse; & proindè non matrisfamilias honestatem habuisse, ut ratiocinatur *Marcellus in l.probrum* 41. *D. de ritu nuptiarum*. His addebant quod & si Ruffina pleno honore dilecta diceretur, dum tamen famosa fęmina,& quæstuosa fuerat,videbatur in uxoris locum haberi non potuisse, quoniã uxor viro clarissimo esse non poterat,ut *Vlp. in fragm.* testatur *tit*.15. Sicut nec poterat testamento accipere, ut idem *Vlpianus* notat in eisdem *frag.tit*.16. §. *aliquando*.

His tamèn non obstantibus diremerunt controversiam, pro Alumna pronunciando Imperatores; nàm quod ingenua fuerit *Ruffina*, non obstabat, dum bona fide servierat, & libertam se credebat, quod quæstuosa, & famosa neque etiam obstabat, quoniam non in uxorem, sed in concubinam accepta; & quoniàm postea in concubinatu, per quàm honestissimè fuit: adeò, ut à viro clarissimo pleno honore diligi meruerit; & demũ quod alumna fuerit vulgò quæsita, nèc etiã obstare visũ ne ve id filiæ imputandum nam non per hoc vetitum ne potuisset à *Coccejo* in alumnã haberi, alumna appellari, & ut talis insimul cum nepte hæres institui.

6 Hæc nos, sed vulgares Interpretes *Accursium*, & *Bartolum* sequuti aliter dictitant, & rem hanc aliter exponunt. Ajunt nanque in hac *l.cum tabulis* §. *quoniam*, Ruffinæ filiam à Coccejo Cassiano de stupro appellatam, cũ ei assentiri noluisset, effectam Coccejo ob repulsam datam odiosam; ideòque ortam inter ipsam, & illum inimicitiam. hinc fuisse, dubitatum an actiones dandæ forent huic puellæ ex testamento, in quo cohæres nepti data fuerat, & rationem dubitandi fecisse quoniã post conditum testamentum in odium testatoris venerat, & hinc adnotant, ex hac lege cum eodem *Bartolo*, quod inimicitiæ provenientes inter testatorem, & legatarium, absque tamèn ipsius legatarij culpa, hunc legato non privant, id, quod inter singularia retulit *Petra Sancta singul*.5. & inter memorabilia *Cotta in ver. inimicitia capitalis*, & *Pragmatici* passim jactant eum *Josepho Ludovico commun.concl.lib*.10.*n*.50. & seq.

7 Verum enimverò, si quis ea, quæ superiùs diximus, rectè perpendat, inveniet *Accursij*, & *Bartoli* ab Interpetribus sequutam expositionem, & ad eam factam vulgò adnotationẽ nedum incommodam, & à *Papiniani* mente alienissimam esse,ut vidit hic *Faber*, & notavit *n*.6. sed prorsùs ridiculã; supponit nàq; post testamentũ factum quod ferè semper ab homine infirmo, & mox morituro fieri solet, de stupro privignam à Coccejo appellatam;

R 2 ideò-

ideòque inter eos inimicitias exortas, quod sanè nemo credet, nisi morbo ingravescente prorsùs in furorem actum *Coccejum* dicamus; nàm quanquàm verum sit, & alibi in Juris nostri libris traditum, quod poterit inter testatorem, & legatarium post testamentom confectum, inimicitia oriri: ideòque controverti solet, & inspici, an tales inimicitiæ fuerint, ut ptopter illas legatum censeatur ademptũ *ad tex. in l. 3. §. ultimo D. de adim. leg. l. si inimicitias D. de his, quibus ut indignis*, & de quo videndi *Pragmaticorum* doctissimi *Menochius lib. 4. præsumpt.* 170. & *Mascardus de probat. concl.* 900. Attamèn apud *Papin.* nulla ortæ inimicitiæ mentio, nullum vestigium, neque causa quam fingunt verisimilis est, nec talis ut ex ea ortam inimicitiam dicere possimus.

8 Itaque verisimiliora, & aptiùs ad rem adducunt, qui ideò apud *Papinianum* dobitatum volunt de danda actione, ex testamento Alumnę; quoniam & si ipsa instituta cohæres, attamèn contemplatione matris, atque ut ad illam perveniret hæreditas institutam fuisse contendebant, & proindè invalidè; hurum autem occasione asseverât, & rectè, quod concubinæ nedùm à Clericis, & Militibus, sed nec à Paganis donari, aut legari hodie possit post *Vrsillum ad Afflictum decis.* 103. nam & si J. Civili inspecto vetitum pagano non fuerit concubinæ legari *l. qui concubinam D. de leg. 3. Decius consi.* 134. *Guidon. Pap. cons.* 115. *vol.* 2. alijque adducti à *Caravita in additione ad citatam Afflicti decisionem*: attamèn postqnàm apud nos per Sacrorum Canonum, Çonciliorum, & Summorum Pontificum Sanctissimas Constirutiones, concubinarus vetitos, & improbatus fuit, largitiones, & donationes illios causa, & in concubinas factæ irritæ, & nullæ existimandæ erũt, ut *Lucas de Penna* advertit *in l. cohortalis* 9. *C. de cohortalibus*, & *Cravetta cons.* 129. *n.* 11.

9 Nisi tamen nó concobinatus causa, nec in cõcubinam, uti concubinam, sed in eam propter servitia præstita donatio collata diceretur, idvè constaret; nàm hoc casu etiam Clericus licitè donasset, & validè *Afflictus* loco citato, & *DD. cum Tiraquello in l. si unquam ver. donatione largitus C. de revoc. don. num.* 22. & alij apod *Riccium collect.* 194. & in *addit. ad Afflictum* apud *Gutterium Variarum lib.* 2. *cap.* 6. & *Tesaurum decis.* 111. Aut nisi donans, vel legans juramento affirmasset se iàm non ampliùs donatariam, aut legatariã in concubinatu habere, sed concubinam esse desijsse, de qua re *Vrsillus* loco citato, quod tamen ità esse apparere, & cõstare oportebit. ut scripsère nonnulli cum *Guidone Papa cons.* 115. nisi Clericus senex foret, qui legat, aut donat, ut ex *Natta cons.* 95. *Tepata* advertit sententiarum *lib.* 2. *tit. de legatis in genere*, aut Magnus Princeps foret qui donaret *Baldus cons.* 162. *Lupus in repet. cap. per vestras* §. 36. quoniam hic Regia potiùs magnanimitate ductus quam impotenti effrænatoque affectu cεnsendus erit.

Cæterùm circa ea, quæ ex Juris Civilis disputatione in hac materia de concubinis dici solent. Notant pletique: ptimò, quod vidua, quæ in concubinatu fuit retenta, licèt impudicè vixerit institui potest eique, & legari, & donari juxta doctrinam *Jasonis cons.* 37. *vol.* 1. *Pisanelli* in adnotatis ad *Afflict. in citata decis.* sed in praxi tamen servanda sunt ea, quæ scripsit *Capicius decis.* 101. Secundò concubinæ filiæ rectè legari posse ex hac nostra *l. in tabulis* §. *don.* quod *Baldus* explicat *cons.* 162. Tertiò, quod sicut hujusmodi ptohibitis personis donare non licet Militibus, & Clericis; ità nec donare licet Advocatis, & Doctoribus, ut ex *Jasone*, & *Lupo* advertit *Vrsillus* loco citato.

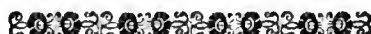
10 Sed à concubina ad oxorem putativam transeuntes qui in foro versantur, quærere solent, quid dicendum de his, quæ uxori putativæ relinquuntur, aut donantur; si tandem mattimonium fuisse nullum fuerit declaratum, & placuit primæ notæ *Pragmaticis* distinguendum esse inter relicta in ultimis voluntatibus, & donata per actus inter vivos; nam in primis consentiunt favore ultimarum voluntatum valere legata facta in beneficium uxoris putativæ, & ei solvenda modo purè, & simpliciśer legata facta fuerint non pro antephato, aut simili causa, atque ità ex *Frãco decis.* 52. *num.* 11. Item ex *Pellicione ad consuet. Aversanas cap.* 5. *num.* 166. *Vivio*, & alijs concludit *Molfes. ad consuet. Neap. par.* 1.

11 *quæst.* 7. *num.* 16. In secundis vero, idest in actibus inter vivos autumant donata hinc inde inutilitèr donata fuisse; ideoque nollo declarato matrimonio fore restituenda post *Barbosam in l.* 1. *num.* 158. *D. sol. matrimonio.*

12 Sed sunt qui meliùs cum *Novario* in additione ad citatam *Franci decisionem* tres volunt esse distinguendos casus; quorum primus erit, si impedimenti, aut nullitatis matrimonij uterque conjux fuerit inscius, & ignorans; tùnc enim quæ mutuò sibi donavère, si matrimonium nullum declaretur irrita effecta donatione ad eos, eorumque hæredes revertetor, ot ex innumeris ferè Doctoribus adnotavit *Velascus consult.* 15. & *Sanchez. de matrim. lib.* 6. *disput.* 2. & *disput.* 20. *n.* 6. Item & *Molina disput.* 100. per totum in *tract. de just. & jure tract.* 1. qui advertit secus esse in legatis, nã hęc, alter conjux legatarius retinebit si in bona fide fuerint, & matrimonium in faciè Ecclesiæ contractum, & ex *Molina* hoc ipsum affirmat *de Luca* in observatis

13 vatis ad *Francum ubi supra*. Secundus casus, si uterque conjux conscius, & particeps nullitatis, & impedimenti in matrimonio fuerit, & hoc casu mutuò donata ab ipsis vindicantur sicut & legata, & fisco applicantur juxtà Regulam *legis qui contra C.de incastis nuptijs*, de qua *Fontanella de pactis nuptialibus claus.4.Glossa 1.num.66. Peregr.cons.115. num.95. Velascus ubi sup.* & alij. Cæterùm quanquàm hi conjuges, qui ità contraxerint, excommunicationem incurrant ipso jure, non tamèn ipso jure in pœnas aliàs incurrunt, & in privationem donatorum, aut legatorum; sed tunc demùm cum per sententiam condemnati fuerint, *Sanchez citata disputat.20. Rebellus lib. 6. de obligat. Justitiæ par. 2.quæst.1.num.17.*

14 Tertius denique casus. Si alter tantùm ex conjugibus fuerit sciens nullitatis matrimonij, altero ignorante, & tùnc sciens privatione plectetur, non itèm ignorans *Lanarius cons.86. Laurerius decis. Avenion.21. num.9. Barbosa in l.si cum dotem D.soluto matrimonio*, alijque penès *Novarium ubi sup.* cujus tertius, & quartus casus in unum locum conjungendi. Cæterum quamquã ita in simplicitèr donatis dicamus nõ idipsũ admittimus in donatis, aut relictis in causam donationis propter nuptias sivè antephati ut Nostri dicunt, nam peculiaris in his ratio obstat, népè illa quod donatio prædicta sivè antephatum non debetur quoties matrimonium non adsit, & sanè non adesse cum nullum fuisse declaratum est quisque videt: adeas *Reg. Reverterium decis.419.* ibique observata à *Reg.de Marinis, & Salernitanum decis.2.*



CAPUT XV.

De lectione l. filius 28. D. de lib. & posthumis.

SUMMARIUM.

1 *Quid Faber sentiat in explicatione hujus l.*
2 *Impugnatur.*
3 *Explicatur Triphonini Responsum.*
4 *Fabri, & Accursij error.*
5 *Rejcitur.*
6 *Cohæres dicitur etiam ille qui solus scriptus hæres fuit, sed in alium casum, & tempus, quo hæres institutus.*
7 *Pragmaticorum sententia.*
8 *Non sufficit eum substituere, qui instituendus erat.*
9 *Sed an sufficiat filium tacitè instituere? Vulgò negant.*
10 *Sed contrarium veriùs.*

1 TRiphonini Responsum illud, quod extat in *l.filius 28. D.de liberis, & posthumis* jàm à plerisque Interpretibus, præsertim à *Cujacio in comment. ad eumdem tit.* explicatũ fuerat; & tamèn aliorum dictis non cõtentus *Faber*, sua attulit, sed deteriora, id quod ità investigando dignosci poterit. Primò supponit in *Triphonini* specie filium à Patre nedum sub conditione, quæ in ejus potestate non erat institutum, & sub contraria exhæredatum, sed etiam in exhæredationis casum substitutum accepisse; quod tamen verum esse non videtur; dùm de eo verbum nullum profert J.Consultus; hinc hoc videns *Faber* ratiocinatione illa sub *num.1.* evincere conatur: (*Triphon.* sentit in proposita ab eo specie valituram fuisse exhæredationem, si vivo filio institutionis conditio defecisset, & conditio exhæredationis extitisset, atqui filio ex asse instituto non potest facta exhæredatio sub conditione valere, & si conditio existat, nisi substitutus adsit; ergò oportet ponere datum filio in casu exhæredationis substitutum.)

2 Et tamèn animadvertere *Faber* debuerat, quod etsi Juris Consultus valituram supponat exhæredationem, cum tamèn non exprimat datum substitutum filio, id à nobis supplendum non esse; quoniam necessitas id non exigit, dum valere poterit exhæredatio, quãvis substitutus datus non sit: finge filium ità institutum, Filius hæres esto, si navis ex Asia venerit; sed si navis ex Asia non venerit, filius exhæres esto, Titius hæres esto; in hoc casu Titius filio instituto substitutus non est, sed potiùs institutus sub contraria conditione, qua filius. Et institutus sub eadem conditione qua idem filius exhæredatus, & tamèn id satis est ad hoc ut valeat exhæredatio ex Regula *legis filium 30. §.cum exhæredatio D.de bonorum possessione contra tabulas l. si patronus 12.§.cum ex testamento D. de bonis libertorum.*

3 Cæterùm illud pro certo *Triphoninus* habet, quod in proposita specie decedente interim filio, idest priùs quàm casualis conditio adimpleatur ad intestati causam testamentum reducitur; quoniàm conditione pẽdente filius institutus non est, eaque nedum defecta, sivè non adhùc contraria conditione existente, nèc etiam exhæredatus filius est; atque ità nèc institutus, nèc exhæredatus dici potest, & proindè dum decidit existente suo hærede facit ut ab intestato pater decessisse dicamus, eique eum ab intestato successisse, en J.Consulti verba *filius à Patre, in cujus potestate est sub conditione quæ non est in*

ejus

ejus potestate heres institutus, & in defectum conditionis exheredatus decessit, pẽdente etiam tùnc conditione tùm institutionis, tùm exheredationis: dixi heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vivit; neque ex testamento heres, neq; exheredatus fuit (adijciat cum verò deindè idẽ J.C. sequentia illa verba) *post mortem filij coheres institui potest* in illis primam speciem variat, & eidem addit pronunciando in hac materia de filio instituto, & exhæredato sub conditione, posse evenire nt pater prævidens, & hunc etiam casum, in quo filius pendente conditione institutionis, & exhęredationis decessisset, & posse in hoc casu cohæredem alium scribere. Finge testatorem primæ provisioni in qua ita dispofuit, *si navis ex Asia venerit, filius heres esto*, & sequenti in qua dixit *si non venerit, filius exheres esto* tertiam adjęcisse ita *pendente conditione, filius exheres esto, Titius heres esto*, in hoc casu testamentum factum ob institutionem in personam Titij factam in casum mortis filij conditione pendente, & ob exhæredationem ejusdem filij pendente conditione decedentis substinebitur.

4 Cum autem hic tertius casus per quàm strictim conceptus, & primo additus, diversus tamèn à primo sit, constat nedum malè nostrum *Fabrum* cum primo illo confundere, sed pessimè ab *Accursio* deceptum, velle textus literam emendandam esse, & pro *coheres institui potest*, reponendum *substitui potest*: nt hnnc, quem cohæredem scriptnm diximus in casu mortis filij, pendente conditione, faciat eidem substirutum, nèc aliam habet rationem quam quod dum cohæres vocatur à J. Consulto oportet, ut à principio cũ filio in parte hæreditatis hæres scriptus fuerit; unde cum ità sit, non poterat posteà dici institutus, sed substitutus filio dicẽdus fuerat.

5 Et tamen quod non oporteat hunc Titium ponere à principio cum filio institutum, illud convincit, quod id facere, vel invitis J. Consulti verbis ad nihilum juvat nihilque operatur; siquidem ità testamentum valebit, si institutus à principio pro parte Titius fuerit; & deindè in casum mortis filij, conditione pendente institutus ex asse, ac valebit si solum in casum mortis filij fuerit institutus; sufficit enim ad testamenti validitatem, quòd in omnes casus testator provideerit, instituẽdo filiũ, & exhæredãdo in casu evẽtus cõditionis casualis, aut defectus; Itẽ exhęredãdo, aliũq; instituendo in casu conditionis pẽdentis: un-
6 de aliud fingere, & addere non oportet. Et ulteriùs, quod cohæres hic Titius institutus appelletur non exigit, ut à principio instituto filio cohæres datus fuerit; quoniàm in Juris nostri libris *coheres* appellatur nedùm qui in eodem asse pro parte cum filio institutus est, sed etiàm qui in eodem integro asse, sed in alium casum, aut in aliud tempus institutus fuit, atque priori in hæreditate suffectus, nam licet hic cum primo in hæreditate non concurrat, sed ei suo loco, & tempore succedat, adhùc cohæres datus dici potest, accepto panlò largiùs hæredis nomine, & cohæredis; ut poterit observari in *l. Pater filium* 38. §. *fin. D. de leg.* 3. nam in ea substitutum appellarũ cohæredem videmus: & indicavère Doctores, ex quibus *Albericus Pratejus*, & alij lexicographi, quod & evenit in *l. hujus* 93. §. *fin. eod. tit.* ubi fidei commissarius hæres vocatur, & alibi.

7 Sed *Pragmatici* nostri, qui semper *Accursium* sequuntur in hac *l.* explicanda, post *Bartolum, Baldum, Jasonem*, & similes idem, quòd *Faber* sentiunt, & dum fatentur, quòd si exhæredatio facta sit in conditionis defectum, non possit pendente eadem conditione, per aditionem testamentum confirmari, & proindè nullo eo effecto filius Patri ab intestato hæres erit; excipiunt tamen nisi cohæres filio datus fuerit, eique decedenti, conditione pẽdente, cohæres ille fuerit substitutus, ut in hac lege, de qua agimus, in qua cohæredem substitutum vocandum volunt: post *Guidonem Papam quæst.* 308. unde secundum eos *Fabriana* emendatio rectè procederet.

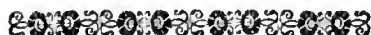
8 At quanquàm hic is qui substitutus, secundùm eorum expositionem institutus dicatur, non ideò tamèn dici poterit, ut pleriq; advertunt, quod sufficiat ei qui instituendus erat in primo gradu, si alteri instituto, substituatur, atque ità hæres quidem, sed in secundo gradu scribatur; siquidem substitutio in hujus persona facta non supplet institutionem in primo gradu faciendam, & sicut in hac *lege nostra*, qui institutus est sub conditione, & in defectum conditionis exhæredatus, pendente conditione, præteritus videtur, ità & qui institutus in secundo gradu est, à primo præteritus erit, ut respondet *Juris Consultus* in *l. ex facto* 43. §. *Lucius Titius D. de vulgari*, cui concordat *l.* 3. §. *fin. & l. Gallus D. de liberis, & post.* & ad hæc jura notant *Accurs. Dion. Gotho.* & alij, cum quibus *D. Melchior de Valentia lib.* 3. *tract. illust. tract.* 3. *cap.* 4. Id, quod multò magis locum habet post *Justiniani* Sanctiones in quibus necessitas præcisa imponirur testantibus, ut filios instituant, ut apud Nostros constat post *Julium Clarum in §. testamentum quæst.* 41. & ibi addentes, & *Peregrinum de fideicomm. art.* 36. *num.* 64.

9 Verum non & illud æquè constat, utrum si filius institutus quidem fuerit in primo gradu, sed non verbis expressis institutus, sed per quandam necessariam consequenriam, & ut Nostri dicunt per tacitam institutionem,

velu-

veluti si Pater dixisset: Si qui mihi ab intestato succedit, hæres non erit, ei substituo Cajum: utrum, inquam, sufficiat institutio prædicta tacita ad substinendum testamentum; nam quanquàm communitèr credant non sufficere, eo quod ad *Justiniani* præscriptum omninò instituendum fore, & verbis expressis filium existimant cum *Julio Claro quæst.* 35. adhùc sunt qui dubitent, & ad ca, quæ magis communis sententia pro se affert, respondeant nec malè, ut videre est apud *Manticam de conject. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 1. *n.* 17.

10 Cæterùm mihi probabilissimè dicendum videtur etiam inspecto jure *Justinianeo* sufficere ad substinendum testamentum, quod filius modo prædicto, aut alijs modis, quibus institutiones taciræ inducuntur, de quibus *Petrus Peralta in rubr. de hered. inst. num.* 172. & *Piso Soacins* 2. *Variarum cap.* 1. *num.* 5. fuerit institutus, id quod olim *Fortunio* in comment: *ad legem Gallus* in principio *num.* 35. *D. de lib. & post* placuisse *Mantica* testatur ubi supra *num.* 29. *vers. ex ijs*, & moveor ego quoniam dum ijdem *Pragmatici* fatentur hujusmodi factam taciè institutionem, veram institutionem esse, eamque admittant in persona illius, qui non necessariò, ut filius instituendus fuerat post *Guglielmum de Benedictis in secunda parte Repetit. cap. Rainutius num.* 33. & *Clarum* ubi supra, cur non idem dicamus in persona illius qui necessariò instituendus est, ut est filius, nulla planè ratio cōvincit; nàm aut tacita institutio institutio est, & hæreditatem dat, aut non dat, nec est institutio; & si dat, & institutio est, ea sufficiet etiam in filio, quoniam *Justinianea* constitutio nil aliud exigit, quàm ut filij instituantur in primo gradu, aut exhæredentur, nèc ultrò statuit: unde quod institui sint tacitè, & per necessariam consequentiam, aut expressis verbis ad rem non facit; dum sufficit eos revera fuisse institutos.



CAPVT XVI.

Ad tex. in Litem veniunt 20. §. ait Senatus D. de petitione hæreditatis.

SVMMARIVM.

1 *An lex Papia habuerit locum in institutis ex asse? incertum apud nos est.*
2 *Fabri sententia mutuò sumpta à Cujacio, & emendatio.*
3 *Impugnatur.*
4 *Nostra sententia.*
5 *Quid Pragmatici.*
6 *Fiscus & si non hæres attamen in omnibus loco hæredis.*
7 *Et ad onera tenetur hæreditaria.*
8 *Jura loquentia de hærede habent quoque locum in fisco.*
9 *Item & privilegia à Principe hæredibus concessa.*
10 *Quæ transeunt etiam ad singulares successores.*

1 Quod lex *Papia*, quæ, relicta illis, qui antè apertas tabulas decesserant, caducabat non pertinuerit, nisi ad hæredes ex parte scriptos, non irèm ad eos, qui ex asse, nullo juris loco exploratum habemus; sed dumtaxàt id legimus in fragmentis *Vlpiani* sub *tit.* 17. *de caducis*: Etenim quamquam in *l. prima §. ult. D. de Juris, & facti ign.* scriprum sit in Jure errare hæredem qui ex asse institutus non putat se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas: ex hoc non aliud intelligimus, quam quod is, qui ex asse scriptus hæres fuit aperturam rabularum expectare non teneatur. Cæterùm si errore ductus expectandum crediderit, & interim decesserit, an legi *Papiæ* locus fuerit, nec nè? Id elici ex tex. prædicto non potest.

Quid mirum ergò si *Accursius*, qui *Vlpiani* fragmenta non vidit, fuerit allucinatus in explicatione §. *ait Senatus legis item veniunt* 20. *D. de petit. hæredit.* Mirùm sanè est, quod in reprehendendo *Accursio* hic lauream in Mustaceo *Faber* quærat, & quærat eo tempore, quo jàm res acta est à *Cujacio obser.* 18. *c.* 14.

2 Cæterùm *Faber* cum omnia ab eodem *Cujacio* fuerit mutuatus in eo tamèn ab illo discedit, quod verba tex. (*sed si ex asse fiat Senatus Consultum locum habebit*) putat nequaquàm inferioribus, sed prioribus conjungenda; ideòque mutandum esse in principio articulum (*idem*) reponendumque (*idest*) ut *Vlpianum* dixisse faciamus, totam hæreditatem effectam caducam, si plures institut i fuerint ex partibus; omnesque ante apertas tabulas defuncti.

3 Sed hujusmodi explicatio, quàm, & Quidam ante *Fabrum* tradidère admodùm dura est, quippequæ etsi fiat tota hæreditas caduca in proposita specie, fit tamèn per partes; nàm aut non simùl omnes decessisse dicendum erit, aut si simùl decessisse dicamus adhùc caducationē fieri pro singula hæreditatis parte unius cujusq; & non una simùl, pro toto asse, verum est proindè *Vlp.* quando de hæreditate loquitur quę uno ictu, & ex toto asse caduca fit, nō debet explicari de hæred. facta quidē tota caduca, sed per partes datas cohęredibus. Hoc autem cum ita sit, oporteret quidem supple-

ſuppleri litera, & emendari; at non eo modo quo *Cujacius* facit, nàm confundit bona caduca cum vacantibus bonis, quod non facilè admittendum erit.

4 Sed dicendum foret in citatis verbis (*ſed ſi ex aſſe fiat Sen. Conſultum locum habebit.*) Exprimere quidem *Vlpianum* quod poſſit hæreditas tota inſimùl, & exaſſe caduca fieri, non tamèn aſſeverare ita fieri ex *Papiæ* legis communibus Regulis, ſed innuere quod fiat ex peculiari quadam Senatus Conſulti diſpoſitione. Et ſanè cum potuerit Sen. Conſultum aliquod circa *legem Papiam* fieri factum illud fuiſſe intelligimus ex his, quæ dicuntur in hac noſtra *l. Item veniunt* 20. ultra quod non unum, dumtaxàt, ſed plura Senatus Conſulta ad *legem Papiã* facta indicant *Juſtiniani* verba in *l. unica C. de caducis tollendis*, quod proindè cum ita ſit, remanebũt vera quæ de lege *Papiã* ſunt dicta. Sed ſi quis alia ad hanc rem de qua ſupra velit, is adeat noſtros *ſuſpicionem libros*, nam nunc placet quid *Pragmatici* ſentiant diſquirere.

5 Et quidem ipſi ex eo, quod ſcriptum extat in hac *lege* ſequuti Repetentes, & eorum ducem *Accurſium* notant, quod diſpoſitio *Senatus Conſulti*, de qua diximus, locum ſibi vindicabit, etiam cum hæreditas, tanquàm caduca à fiſco petitur ſive tota, ſive pro parte petita, & caduca fuerit effecta. Cæterùm non adeò ſollicitì ſunt in inveſtigando, quo jure ex aſſe hæreditas fieri caduca potuerit, quando ex *legis Papiæ* diſpoſitione hæres ex aſſe, expectare apertoram tabularum non te-

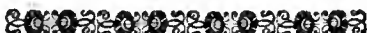
6 nebatur: Inſuper & illud adnotant, quod cum Fiſcus bona vindicat, veluti caduca intentare petitionẽ hæreditatis debebit, hancq; actionem proponere, ut docet *Baldus*, & *Ripa* in *l. ex facto* §. *ex facto D. ad Trebell.* & *Perſonalis in tract. de adipiſcenda poſſeſſione n.* 240. Quanquàm nõ deſint pleriq; quin contrariũ ſentiant, & nulla aditione opus fiſco eſſe dicitent poſt *Gloſſam*, & *Bartolum* in *l.* 1. *& in l. ſi vacantia D. de bonis vacantibus lib.* 10. Unde videndus *Speculator tit. de inſtrumentorum editione* §. *compendiosè*, ſed quidquid ſit de horum ſententia, adhùc tanquam certum ferè omnes admittunt; quod Fiſcus in caducis olim, nunc in vacantibus & ſi propriè, & verè hæres non ſit, nihilominùs Jura omnia hæredis conſequitur, ut *Doctores* explicant ad *l. ſi finita* §. *ſi de vectigalibus D. de damno infecto*, *Alexander conſ.* 2. *vol.* 1. & *Reg. de Ponte conſ.* 64. *volum.* 1. dixi ferè omnes nam, & in hoc quoq; non deſunt qui dubitent ex *Gloſſa*, *& Bart. in l.* 1. *C. de operibus libertorum Alex. in l. ſi inſulam D. de verborum ob. Fendiſtis in cap. ex parte de feudis Baldo in l. ſi pater C. de hered. inſtit.* Cæterùm communior ſententia prævalet, & in omnibus fiſcum ſuccedere uti hæredem concludit.

7 Sicut & vice verſa cum hæreditatem abſtulit fiſcus ab indigno, aut ad bona vacantia venit, quanquàm, ut dictum eſt, *hæres nomine non ſit*, eſſe talem cum re, & effectu; ideòque ad onera omnia, & Creditoribus hæreditarijs, & legatarijs teneri dicunt poſt *Aret. in l. ex facto D. de vulgari Bart. in l. cum fiſcus D. ad S.C. Sillanianum*, & alibi, *Baldum*, *Alexandrum*, & cæteros, cum quibus *Speculator ſub tit. de feudis* §. 2. *verſ.* 24.

8 Hinc dicebat poſt *Romanum in l. recuſare num.* 2. *D. ad Trebell. Regens Conſtantius in l. unica num.* 139. *C. pœnis fiſcalibus Cred. preferri lib.* 10. quod jura nominatim de hærede loquentia habent locum etiam in fiſco ſuc-

9 ceſſore; & id ad hujus Regni *Pragmaticas Sanctiones*, & ad privilegia vulgò *Gratias* Regia munificentia Neapolitanis conceſſa extendit *Conſil. de Roſa conſult.* 45. *nu.* 65. poſt *Capicium Latro conſult.* 84. *num.* 36. qui & il-

10 lud addidit, quod bujuſmodi privilegia, ſeu Gratiæ conceſſæ, nedum in hæredem, & univerſalem ſucceſſorem, ſed & in ſingularem tranſeunt.



CAPVT XVII.

De ſententia, & explicatione legum poſitarum ſub tit. Codicis de inofficioſis donationibus.

SVMMARIVM.

1 *Prima quæſtio an donatio inofficioſa in totum reſcindatur.*
2 *Fabri ſententia.*
3 *Prima ratio.*
4 *Reicitur.*
5 *Explicatur l. prima C. de inoff. don.*
6 *Objectio Fabri ex l.* 2. *hoc tit.*
7 *Diluitur.*
8 *Reſponſio Fabri ad l. ſi tota hoc tit.*
9 *Impugnatur.*
10 *Objectio Fabri ex l.* 24. *C. de contra empt.*
11 *Ad eam Reſponſio.*
12 *Adducitur, & explicatur l ſi mater.* 7.
13 *Reiciuntur quæ Faber attulit ad eandem l.* 7.
14 *De tex. in l. ſi liqueat.*
15 *Effugium Fabri.*
16 *Ei occurritur.*
17 *Præcipuum Fabri fundamentum.*
18 *Deſtruitur.*
19 *Pragmaticorum ſententia, & diſtinctio.*
20 *Quid ſi donatio reſcinderetur ob filiorum ſuſceptionem?*
21 *Quando querela inofficioſa donationis locus non ſit.*

22 *An*

22 *An transeat ad heredes querela.*

23 *An actio de inofficiosa dote possit intentari constante matrimonio?*

24 *Et siquidam affirment opinio negativa verior de jure est.*

25 *Item de aequitate.*

1 SOlet primo in materia inofficiosarum donationum quæri utrum instituta querela adversùs eas rescindantur in totum, an verò ad legitimam portionem usque debitam querelanti? & placuit Interpretibus ferè omnibus Antiquis, & Neotericis, etiam qui *Cujacium* sequuntur *lib.* 5. *observat. cap.* 14. & in expositione *Novellæ* 92. rescindendas donationes quod ad partem dumtaxàt illam, quæ debita fuerat ei qui queritur, non autem in totum.

2 Sed quoniàm non desunt qui aliter senserint, & in totum potiùs rescindendas donationes inofficiosas crediderint, horum opinionem potiùs quàm communem sequi maluit *Faber* hic, ut & *Treutl. volum.* 2. *disput.* 19. *Thesi* 7. quibus tamèn rationibus moveantur, investigemus.

3 Ajunt primò querelam inofficiosæ donationis fuisse introductam ad instar querelæ de inofficioso testamento, atqui hæc querela totum testamentum rescindit, igitur & illa totam donationem.

4 At huic rationi Responsio in promptu est: siquidem etsi verùm querelam inofficiosæ donationis introductam ad instar querelæ inofficiosi testamenti fuisse, non ideò sequitur debere utriusque omninò eosdem esse effectus, & undequaque similes; cum sufficiat habere inter se quandam similitudinem, ut altera ad instar alterius introducta dici possit, & id est, quod dicitur *in l. ult. C. de inoff. donat.* & passim sub hoc *eod. tit. in Digestis*, nam similes has querelas esse non idem, neque alterã ad alteram omninò compactam, scriptum est, hinc reiciẽdus venit *Faber*, qui nedũ unũ, & idẽ utrãque vult esse querelam, sed, ut quod sibi placet dicere, Imperat. dicere faciat emẽdandam contrà omnium Codicum fidem receptam lectionem cit. *l. ultimæ C. de inoffic. donat.* suadet; quãdo vel *Græci Scholiastæ* reclamãt qui ad *lib.* 41. *Basilicorũ tit.* 4. *de hered. & falcidia ad legem nonam*, adnotant in multis alteram ab altera querelam differre, & si inter eas similitudo sit. Et sanè quàquam nemo negare possit similes esse, ut dicitur in *l.* 6. *C. de inoff. donat.* de qua *Faber hic num* 12. nemo dicet, quod *Faber* contendit nedum similes, sed idem prorsùs esse, ut dictum est; Quamvis enim & iisdem personis competant, & eadem ingratitudinis exceptione excludantur, & in eodem quinquennio sint proponendæ, ut *Accursius* advertit, & demùm non competant, si aliud remedium supersit, & ideò similes adhùc, quia in modo proponendi differunt siquidem adversùs testamentum querela proponitur sub eo colore, quod non sanæ mentis Parens fuerit, qui testatus fuit, querela verò adversùs donationem non sub eodem colore, sed sub eo, quod Pater patrimonium totum exhausit, atque effecit, ut filius id nõ merens portione sibi debita veniat privandus, hoc faciet, ut non idem sint. Nam inter eas hæc sola dissimilitudo operarur, ut prima totũ testamentũ, eo quod hominis furiosi dispositionem contineat, subvertat; secunda non itèm, quoniam sanè quidem hominis, & rectè disponentis, sed nimium profusi, largitionem impugnat; unde quia profusio sola illa est quæ ad injustitiam actum gestũ vergere facit, detracta parte filio debita, atque actu moderato ad justitiam redigitur; & proindè validus remanet, nonde enim in totum rescindi, sed moderari opus erat in quod lædebat, .s. in eo quod faciebat ne quartam sibi debitam filius querelans haberet, ut

5 expressis verbis scriptum est in *l.* 1. *C. hoc tit.* (ibi) *utpotè quartam partem non habentibus*, quorum verborum vim non effugit *Faber num.* 4. dicens ideò prolata ab *Imperatore Philippo*, ut ostẽderet querelã non habiturum, qui quartam habuit; si quidem vel hæc explicatio convincit, ad quartam usque dumtaxàt donationem esse rescindendam, quoniàm sufficiet querelanti quartam consequi. Cæterùm nemo non videt quidquid *Faber* argutetur quod illis verbis, *utpotè quartam non habentibus* exprimitur color, & causa proponendæ querelæ, quæ cum non talis sit, ut est præsumptus, & coloratus furor in querela inofficiosi testamenti, non potest (ut illa) in totum rescindere, & annullare.

6 Secunda ratio, qua moventur, fundatur in *l.* 2. *C. hoc tit.* nàm ex ea *Faber* hic *num.* 5. deducere conatur, quod ideò *Imperatores* distinguant; utrum is, in quem Pater omne Patrimonium suum, impetu quodam immensæ liberalitatis effudit, in Patris potestate permanserit, an verò emancipatus fuerit; ut priori casu is cui nihil donatum est quartam dũtaxàt partem debitæ ab intestato portionis incolumem habeat; Posteriore verò ad similitudinem inofficiosi testamenti querela de inofficiosa donatione queratur, hoc est, ut rescissa in totum donatione non quartam dumtaxàt partem debitæ ab intestato portionis, sed dimidiam totius hæreditatis consequatur.

7 Sed neque hujusmodi *Fabriana* ratiocinario stringit: Etenim primò *Imperatores Valer. & Galienus* sic loquuntur, ut concludant, nonnisi urgente necessitate, esse querelam concedendam, eaque quantò minùs po-

test patris familias lædendam dispositionem.

Hinc primò ideo distinguitur inter filiū in potestate existētem,& emancipatū, cū donatio ut supra facta proponitur, ut ex ea distinctione intelligeret qui supplicabat,quomodo instituere judicium deberet, dum alio modo instituendum judicium fuerat adversùs in potestate retentum filium,alio modo adversùs emancipatum, & ad hoc quam maximè attendendum fuerat. Secundò quamquam Juris communis Regulis inspectis dicendum fuisset in proposito, quod cum donatio filio familias facta erat illa in totum corruebat,veluti nec à prine. consistens: quia filio familias à patre donari non potest *l.sive* 17.*C.de donationibus l.si donat.*13.*C.de collat.*atq; ideò etiam à filio in potestate retento, medietas vindicanda fuisset, & multò magis quam ab emancipato cui validè donabatur; Voluère tamèn alitèr Imperatores,& Rescripsère, ut Patris familias donantis voluntatem quam attendendam esse jubebant, quantò minùs posset, læderent.

8 At quoniàm vidit *Faber*, adversùs suam sententiam stare *l.si tota* 5. *C.eod.tit.* in qua *Diocl. & Maximil.* apertis verbis pronunciant *donationem eousque infringendam, quousque filij posteà nati vel nepotes debitum bonorum subsidium consequantur*, nititur hāc legem evitare scribens;ideò ità ibi Rescripsisse Imperatores,quoniàm donator largitionis tempore non alios habebat filios, quàm eos, quibus donabat,unde donatio initio inspecto valida fuit.

9 Verum enim verò estò id *Fabro* divinanti crederemus,adhùc si verum esset, quòd querela totam donationem infringit, parum ad rem faceret,quod à principio valida ea fuerit, nam sufficeret tandem fuisse querelæ expositam,atque inofficiosam apparuisse:Cæterùm si *Faber* credit tunc donationem non in totum per querelam infringi, cum à principio inofficiosa non fuerit, sed posteà talis effecta sit, jam non ampliùs ipse de viribus querelæ disputat,sed de Patris fraude,& consilio adversùs filios reliquos: at si fraus vel ex eo ipso, quod omne patrimonium donatur præsumenda erit,ut idē *Faber* credit,sequetur etiā in specie hujus *l.*5.id ipsum quod in alijs juribus,fuisse dicendum quoniam,cum in ea præponatur patrem integrum patrimonium donasse jam præsumendum fuerat fraudandi animo filios id fecisse saltèm futuros, & speratos; quorum etsi consideratio cum donatio fiebat non magni habenda fuisset, attamèn demùm illis natis fraude præsumpta debuit tota infringi donatio; fraudem nam præsumptam eventus tandèm veram facit, & existentem; igitur etiam in hoc casu, si vera foret *Fabriana* Ratiocinatio, corruere in totum donatio debuisset.

10 Tertiò *Faber* Rationem desumere conatur ex eorumdem *Imp.* Rescripto *in l.* 4. *C.de contr.empt.*in quo scribitur (*vel exemplo inofficiosi testamenti posset avocare*) nàm ex his verbis deducit ipse omnia donata,per querelam Agens avocare, non certam portionem.

11 Sed in contrariū facit, quod cum in citato Rescripto,& si bona omnia donata fuisse proponeretur non tamèn de omnibus, sed de quibusdam ex illis is qui ad Imperatorem recursum habuit donatarius controversiam patiebatur, ut indicant verba (*cum res tibi donatas,&c.* id, quod in fine dicitur *vel exemplo inofficiosi hæc avocare*) non ad bona omnia, sed ad certa refertur:seil. ad ea, de quibus cōtroversia erat; & proindè non potest id importare quod credit *Faber* seil.inofficiosæ donationis querelam ut inofficiosi testamenti dispositionem totam infringere; siquidem in proposito infringet quidem, sed quoad certa bona,& infringi t ad exemplum inofficiosi testamenti, quoad vim infringendi, sed non quoad latitudinem infringendi, & ut diximus quoad certa non quoad omnia. Cæterùm cum controversia,de qua agimus decisa Juribus fuerit,insulsè agit *Faber*, expressis dum suadet ex uno,aut alio verbo in rescriptis de alia re agentibus posito conjectandam ipsius decisionem.

12 Et fanè ea decisa nedum in citatis legibus sup.adductis,sed & in *l.si mater* 7.*C.eod. tit.* constat, eo quod in fine apertis verbis pronunciatum est donationem rescindendam per querelam ad portionem debitam usque seil. ad id, quod immoderatè donatum est.

13 Et quanquàm *Faber* subtilem agens argutetur dicendo, aliud esse id, quod immoderatè gestum est revocari, aliud verò revocari quatenùs immoderatè gestum est; ideòque illud priùs verum, non itèm hoc posterius.

Attamèn & si ut veram,propositam differentiam,& distinctionem inter loquendi formulas admitteremus, verùm his subtilitatibus hic uti non poterimus, neq; illis controversia nostra decidenda erit; siquidem, dum quærimus, an tota donatio, an verò pro parte rescindatur per querelam, & respondetur rescindi quod immoderatè gestum est, jam ex hac responsione non totam eam rescindi intelligimus, sed pro parte ea;nimirùm ratione; quod in præsenti nō rescinditur donatio quia rescindenda, sed quia immodica, & cò quia immodica, ideò rescindenda:igitur rescinditur in illa quod immoderatè gestum est, nō ipsamet donatio; nā hoc modo in excessu admissa rescissione donatio firma remanebit; id,quod in testamento inofficioso,ut diximus quo-

quoniam testamentum tanquàm à non sanæ mentis factū rescinditur, locum habere non potest. Præterea cum aliud sit pronunciare absolutè, esse rescindendum testamentum, vel rescindendam emptionem, & modificativè dicere, rescindendum in donatione, quòd immoderatè gestum est, non potest à testamento, & ab emptione ad donationem argumentari; & oportuisset *Fabrum* ostendere Juris loca, in quibus (ut in hac *l.7.*) Etiam de testamentis, & emptionibus scriptum foret in ipsis, quod immoderatè gestum est rescindi, & tamen & si ita scriptum, in totum rescindi.

13 Et sanè quod similitudo inter donationē, & testamentum sit in eo, quod ambo per querelam rescindantur, non verò in eo quod ambo in totum rescindantur, ut toties inculcavimus apparet etiam ex *l. si liqueat* 8. *C. eodem*, in qua cum scriptum sit rotundis verbis (*quod donatum est pro ratione quartæ ad instar officiosi testamenti convicti diminuitur*, jam ex illis intelligimus, hæc duo simùl stare, rescindi donationem ad instar testamenti inofficiosi, & rescindi pro ratione quartæ.

14 Nec vim apertorum verborum evitat *Faber*, dicendo sub *nu.* 13. in specie hujus *l. si liqueat*, quatuor fuisse filios; ideòque verba pro ratione quartæ significare partem cuique ex filijs contingentem, quæ nonnisi quarta erat.

15 Nàm respondetur, quòd etsi proponas quatuor fuisse filios, adhùc quia in unum eorum à matre collata fuerat donatio, ut in principio rescripti habetur, ibi, *donationibus in unum filium collatis*) non pro quarta parte infringenda donatio ad instar inofficiosi testamenti fuisset, sed pro quarta valere; pro alijs verò tribus partibus infringi, & ita Rescripsissent Imperatores; debuerat namque donatio, si vera *Fabri* sententia, in totum rescindi, atq; ita, quæ in ea donata pro tribus partibus avocari, relicta donatario solum quarta parte.

Et sanè cum idem *Faber* improbabilitatem sui commenti videret, & effugere se non aliter posse adverteret, manus infert citatæ *l.* & verba (*pro ratione quartæ*) dispungit acutè sanè, si Dijs placet; nàm hoc modo admisso facilè quisquam quidquid sibi placuerit, Juris capita dicere, aut tacere faciat, quamquam etiam demptis verbis (*pro ratione quartæ*) adhùc pro nostra sententia clamabit rescriptum in verbo illo (*diminueretur*) quo non in totum invalidari donationem, sed diminui dumtaxàt pro parte exprimitur.

16 Quartum, sivè unicum *Fabri* argumentum; nàm hoc solo innixus hanc disputationem instituit, est ex Responso in *l. Titia* 87. §. *Imp. D. de legatis* 2. in quo cum Imperatores rescripsisse referat Juris Consultus, ut donario ab Avia nepti facta pro parte dimidia per inofficiosi querelam revocaretur, infert *Faber*: ergo donatio non quoad legitimam tantum rescinditur.

17 Sed primò ad hanc objectionem jam occurrère Interpretes omnes, qui habebant quid responderent, & nunquam falsi sunt se non habere, aut nescire, ut jactat *Faber*; & occurrère allatis pluribus responsionibus, ut apud *Accursium*, *Bartolum*, *Jasonem*, *cæterosque* videre est, & apud *Cujacium observ.* 5. *cap.* 14. à quibus qui volet petat.

Secundò observandum erit, quod cum tot alijs legibus scriptum sit, & apertis verbis, donationem non in totum, sed in superfluo rescindendam, etiam si hoc Responsum exorbitaret, ad cæteras reducendum, & secundum illas, veluti clariores, & in majori numero explicandum esset.

18 Tertiò respondetur nedùm probabilitèr, sed omninò verè cum *Cujacio* ponendum esse in citata *lege*, duas habuisse Aviam Nepotes, easque ab intestato successores; ideòq; cum alteri eorum donationem immodicam fecisset, Rescriptum est pro dimidia parte revocandam factam donationem, pro dimidia scilicèt non totius patrimonij donati, sed quartæ legitimæ; nàm cum tanquàm certum supposuerint Imperatores ad legitimam usq; revocari immodicam donationem, conclusère in proposita specie pro dimidia legitimæ revocandam, quoniàm altera dimidia ad donatariam æquè neptem spectabat. Nèc dices in hoc sensu manca inveniri legis verba; ideòque fore supplenda legendumque, ut *Dion. Gothofredus* notat *lit. R.* (*pro dimidia quartæ partis*; nàm Respondeo quod & si non addas illud (*quartæ partis*) subintelligitur, nō enim deficiunt verba: quippèquę illa (*pro parte dimidia*) satis ostendunt non loqui Juris Consultum de patrimonio donato; nàm si de eo loqueretur, dixisset simplicitèr (*pro dimidia*) revocari; addidit itaque parte, ut innueret de parte, non de toto tractare, & de legitima portione, non de patrimonio.

19 Sed hæc sufficiant; nàm inutile erit inter has tricas se exercere, cum adsit *Novella Justiniani* 92. quę satis apertè quid in hac re Constitutum sit nobis pronunciat. Deveniamus quæso ad *Interpretes vulgares*, & *Pragmaticos*; nàm hi multò meliùs, quàm *Faber* distinguere solent inter donationem immodicam, à Patre uni ex filijs factam, & factam extraneo; nam si à Patre uni ex filijs facta donatio fuerit, quamvis eam inofficiosam Cæteri quibus donatum nō est dicant, & adversus eā quærelam proponant & re, & consilio se fraudatos allegent, adhùc non infringendam donationem nisi ad quartam debitam usque volunt. At si ea extraneo fuerit facta, tùnc ite-

rùm distinguendum suadent an scil. re,& cō-silio Pater inofficiosè se gessit, an verò tantum re ipsa, cum aliud crederet; & siquidem te,& consilio,donationem extraneo factam in totum revocari, non sic si re tantùm; qoo-niàm actus non in frandem gestus fuit, & ita concludunt post *Bartolum*, *Picum*, *Alexandrum*,*Beltrandum*,*Nattam*, & similes,undè ita communitèr receptum esse testatur *Clarus lib.4. sententiarum §.donatio quest.24. num.2.* ubi *Harprectus* ad hanc distinctionem expendit leges omnes, quæ extant sub hoc *tit. Codicis de inofficiosis donat.* & multò feliciùs quam *Faber* hic: in eadem sententia fuerunt *Gomez. Variarum cap. de donat.num.*13. *Donellus*,& alij, sicut & *Gaillus lib.2.obser. c.*38. *& obser.*116. *num.*4. *Giaccharus ad citatum Clari locum, Flores Dias decis.* 170. *Boerius decis.*20.*Guidon.Pap.singul.*341. *Vivius decis.* 434. *num.*1. Unde inter communes opiniones sententia hæc relata est à *Suarez in Tesauro lit.D.ver.donatio num.*251.

20 Ulteriùs addunt Nostri, quod quandoq; & si donatio non rescindatur per querelam inofficiosi, tescinditur tamen per filiorum susceptionem, quæ aliam affert rescindendæ donationis causam, ut explicat latè *Tiraquellus in l.si unquàm de revocandis donationibus* præcipuè ad verba illa *susceperit liberos*, & quanqàm sint plerique ex Nostris qui plures differentias afferre solent, inter rescissionem quæ fit per querelam, & rescissionem per susceptionem filiorum de quibus differentijs *Cravetta in suo Consilio impresso post decisionem Pedemontanam* 172. *num.*17. relato à *Tepata Variarum lib.2. sub tit.de inoff.donationibus*. Attamen alij hanc rescissionem ob liberos susceptos conjungunt cum illa, quæ evenit per querelam, sed citra animum consiliumque fraudandi ex parte donatoris, & proindè hanc etiam contingere volunt ad legitimam usque debitam filijs postmodum natis, & non ultra; ut idem *Tiraquellus* adducto loco observat *num.*42.& *nu.*67.& post eum *Clarus* in adducto §.*donatio num.*22. *vers.*2.*infertur Hartamanus* etiam *lib.*1.*tit.de donat. cap.*2. & *Covarruvias* 1. *Variarum cap.* 19.

21 Insupèr quanvis adversùs inofficiosam donationem competere querelā ad instar inofficiosi testamenti in confesso apud omnes sit: limitant tamèn id ipsum *Pragmatici* multis modis;& primò si alter filius, cui nihil donatum fuit hæres à Patre donante scriptus,ejusdem hæreditatem simplicitèr acceptaverit; tùnc enim stare eum debere facto defuncti; adeòque non posse querelam proponere: visum est *Bartolo in l.*3. §.*patronum D.siquid in fraudem patroni.* Secundò si donatio,& si immodica non per simplicem largitionem,sed in remunerationem beneficiorum receptorum alicui facta foret; nàm adversùs hujusmodi donationem remuneratoriam non competere querelam, neque ex ea detrahendam legitimam Nostri volunt cum *Avenionensi decis.*23.*num.*14.

22 Sed an hujusmodi inofficiosæ donationis querela ad hæredes transeat in controversiam venire solet; siquidem pro affirmativa facit, quod cum querela hæc detur, ut moderato donationis excessu filius legitimam cōsequatur,ut suprà dictum est, videtur illa ad instar petitionis legitimæ quæ ad hæredes transit regulanda esse; at contrà pro negativa facit, quod hujusmodi revocandi facultates transire ad hæredes non soleant: ut videre est apud *Francum decis.*439. *num.*4. *Tesaurum decis.*124. *Gabrielium commun. concl. tit.de maleficijs,Velasquum consult.*31. aliosq; vidèndos apud *Visconte in addit.&c.*

23 Prætereà ex eo, quod querela inofficiosæ donationis similis est querelæ inofficiosi testamenti descendit qood sicut illa restatore vivo ità & hæc, vivo donante intentari nequeat,*Glos.in l.si totas*, ubi *Bart. & Salic. C.de inoff.don.*sicut diei solet, quod inofficiosæ dotis actio,vivo Patre dotante non potest intentari ex *Franco decis.*170. *Anna singul.*246. *Rolando cons.*97. *volum.*2. & alijs,licet possit, si pater ipse consentiat, si credimus *Glos. cit. in d.l.si totas*,& *Grat.discept.cap.*950. quem tamē reijcit ex *Arias de Mesa Variar.*2. *cap.* 6. & *Axor.de portionibus*: *de Luca ad Fracum*; cum illud non æquè apud omnes constet, utrum actio dotis inofficiosæ intentari possit constante adhùc matrimonio, & vivo viro, qui cum ea dote contraxit, etenim *Afflictus decis.* 90.*Capic.decis.*181.*Rota decis.*488.*par.*1.*Costa de rem.subsid.Remed.*108.*num.*5.& plerique alij cum quibus *Bottil. de succ. ab intestato c.*2. *Theorema* 46.negabant,& expectandā matrimonij dissolutionē volebant;in contrariū verò primò *Vrsillus* aliquantulum insurrexit in addit.ibidem, & distinctionem quandam inducere voluit inter dotem pecuniariam consumptam, & dotem consistentem in stabilibus, de qua *Fontanella de pactis nupt. Glos.* 8. *num.*7.*par.*6.*& Molfes.ad consuet.par.*4. *q.*26. *num.* 16. Deindè alij ex doctrina *Pauli de Castro in l.*1. *C.de inoff.dotib.*id posse, ut tandèm cōclusit,& decisum retulit *Francus dec.*104. Undè ità hodie passim receptum in foro, asserunt Addentes ibidem,qui plures pro *Franci* sententia citant; adeo ut hoc inter communes opiniones retulerit *Villalobus in commun. opin. num.* 169.

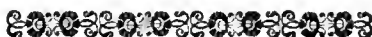
Sed si verum attendendum est, si quis quæ in hac materia dicta sunt, ab Interpreribus disquiret,is facilè inveniet *Afflicti* sententiam nedum probabiliorem, sed unicè veram esse, idvè

idve nedum ex his: quæ notant *Natta consil. 90. volum. 1. Molfes.* ubi supra, *& Campegius de dote q. 14. §. an pater*, Sed quia sive merâ juris dispositionem, sivè etiam æquitatem attendamus, semper concludere oportebit, non esse maritum constante matrimonio inquietādum super dote, quam recepit, & qua attenta, contraxit.

24 Et quidem si Juris dispositionem attendamus, inveniemus textum in *l. si frandator fin. §. si a socero D. quæ in fraud. creditorum* adeò apertè pro *Afflicti* sententia loqui, vt vix possit evitari, sicuti non evitat *Francus ab impio Molineo id mutuatus* dum replicat; in specie illius textus dotem fuisse congruam, non excedentem, nam hæc replicatio facilè refellitur: quoniam dum in ea specie agitur de creditorum fraude, eaque vitanda, jam respectu ipsorum Creditorum dos excedens, & incongrua supponitur, quamvis in se ipsa, & inspecta mulieris, & viri qualitate congrua fuisset; igitur, quia respectu creditorum excedens de quorum præcipuo interesse agebatur, si potuisset constante matrimonio, jam revocanda fuisset, & à marito avocanda; juvare necesse erat quod modò dictum est, scil. quod respectu contrahentium dos foret congrua, quando non ad Contrahentes, sed ad Creditores attendere oportebat. & sanè si juvare posset, quod dos inspecta conjugum qualitate non sit excessiva, id contingeret cum de inofficiosa dote, non à creditoribus, sed à fratribus dotatæ filiæ per querelā dicitur; nam finge eum, qui mille in bonis habebat cum sex filios haberet superstites, sexcentum in dote primæ filiæ dedisse: finge, filiam hanc nobilem, & viro nobili in matrimonium datam; adhùc esse querelæ locum in hac specie *Francus* concederet, cum tamen nedum non excedens dos foret, inspecta conjugum nobilitate, sed parva potius, & exigua. igitùr congruitas dotis ejusve excessus consideratur non habito respectu ad contrahētes ipsos, sed habito respectu ad facultatem, & patrimonium dotantis, & proindè semper quod illius patrimonij vires non suppetunt, incongruā dotem, & excedentem eum dare, & si alias, congrua dotatæ, & viri qualitatibus, diceremus. Quod cum ità sit, dos, quæ in fraudem Creditorum data est in specie *§. si à socero* incongrua, & excedens erat, & proindè avocanda, quod cum non fiat constante matrimonio, ut *Afflictus* dicebat, & rectè, oportet concludere dotis excedentis querelā, constāte matrimonio proponi nō posset.

Rursùs cum certum sit multò minùs Juris habere filios in paternum patrimonium, quā Creditores, & DD. illos, qui, vel invita Juris prudentia filijs favendum velint, non plùs dicere posse, quàm ipsos filios esse Creditores in bonis patris (quod nequaquam verum alibi diximus) adhùc, dato quod tex. de Creditoribus loquatur nō de filijs, ut Quidam post *Vrsillum* respondent, filij si pares alijs Creditoribus tractentur, & expectandum eis, ut & Creditoribus injungatur, non habent de quo queri possint, & insulsum est dicere quod justè querantur, quia privantur saltèm ad tēpus legitima, quasi nō plus esset privari Creditores proprijs bonis, & tamē id æquius visum sit quam privare maritum dote: idve ob utilitatem nedum dotium earumque privilegia, sed ob publicam fidem, & publicum cōmercium, sub quibus contraxit maritus, quæ sarta tecta servari Reipublicæ interest.

25 Hinc quo ad æquitatem, id ipsum dicendum erit, tùm ex eo, quod maritus, qui bona fide contraxit (aliud enim si particeps fraudis, nam tunc assentiendum *Montano contr. 63.*) quive talem uxorem cum tali dote accepit, fraudari non debet; nàm sicut illam indotatam non accepisset, ita, & non tàm splendidè dotatam: finge ideò nobilem virū mioùs nobilē, aut ignobilem fęminā in uxorē duxisse, quoniàm diviti, & benè nummatæ nubebat, an justum erit hunc sapientis providentiæ suæ commodis excludere? finge alium, accepisse quidem dotem magnam inspecto patris dotantis patrimonio, sed in se ipsa exiguam; adeò ut dimioutionem pati non possit, unde ille si diminuetur dos alimenta sibi, & uxori potetit nō sumministrar, Certè inofficiosa hæc sententia, quæ vult licere, constante matrimonio, de dote inofficiosa agi, dataq; dotem posse à marito avocari, patētem admodum viā fraudibus struet. Siquidèm vix invenietur ex patribus familias, qui versutè, & callidè vires sui patrimonij occultans non splendidis, & suprà conditionem suam viris nobilibus, filias nò collocabit ampla ei cōstituta dote: sciens postmodū dotem illam imminuendam, & eos, quos illa allectos sibi Generos quæsivit, tandem fraudandos esse eum se pęnitere amplius non possit.



CAPVT XVIII.

De emendatione l. penult. §. 1. D. de adimendis legatis.

SVMMARIVM.

1 *Quæstio est an adempto fideicommisso censeatur ademptum legatum.*
2 *Affirmant Bartolus, & Cujacius.*

3 Ne-

1 Solent nostri in controversiam ponere, utrum adempto fideicommisso, & legatum quoque ademptum à testatore censeatur: ex. gr. utrum si testator, qui fundum Titio legaverat, & ab eo fideicommiserat, ut illud Cajo restitueret, demùm à Cajo fideicōmissum ademerit videatur, & legatum fundi, quod fecerat Titio ademisse, & proinde prædium penès hæredem remaneat.

2 Et ademptum censeri legatum; ideòque penès hæredem remanere *Bartolus* docuit in *l. penult. §. 1. D. de adimend. leg.* quem plerique sequuti sunt, & intèr hos Neotericorū *Princeps Cujacius 22. obser. cap.* 1.

3 Ex adversò non censeri ademptum legatum; sed illud absque onere ad legatarium pervenire voluit *Gl.* in eadem *l. penult. §. deinde D. de adim. leg.* cui adhæsère *Henricus, Severinus in repetitis lectionibus cap. 9. Bacovjus ad Treutl. vol. 2. disp. 13. Thesi 4. lit. F. Osualdus in Donello comment. 8. c. 17. lit. B. aliique antiqui, & recentiores,* quibus & *Faber* afferre hic suppetias voluit, sed nullius considerationis; nàm eadem affert quæ jam, & à *Severino* præsertim allata fuère

4 At quoniam à nobis id solum quod verum, sequendum est, omninò, *Bartol. & Cujac.* assentiri placet nedùm quia probabiliora pro se afferunt argumenta, quibus & si *Bacovjus, & Donellus* respondere conati sint non undequaque satisfecerūt; sed etiam quia pro illorum sententia apertis verbis *Scevola* Respondet in citata *lege penultima* §. 1. ibi (*nihil proponi cur quæ legata fuerint, & fideicommissa ad matrem pertineant* quibus verbis legatariam matrem excludit, ademptumque legatum profert.

5 Nèc juvat responsio *Accursij, & Baeovij,* quod Mater in proposita specie nō tamquam legataria, sed tamquam ministra, & dispensatrix fuerit electa, & gravata, ideòque ei nihil legatum; nàm adversùs responsionē hanc manifestè loquitur *Scevola* ibi (*matri sua ex parte haredi instituta quatuor pradia legavit*) ex quo nemo non intelligit matrem lagatariam fuisse, eique quatuor prædja cum onere fideicommissi legata, & hæc postea, adempto fideicommisso, ab ea etiā adempta conclusū.

6 Eodem quoque modo responsio *Osualdi* refellitur, ait enim ille, quod cum de legato tractetur relicto matri ex parte hæredi institutæ, & cum dubitetur, an legatum illud tantùm ex parte, quam à cohærede accipiebat valeret, non itèm pro altera parte, quā à seipsa accipere matet non poterat, fuissetq; decisum etiam pro parte altera valere; quoniàm per fideicommissum gravata fuerat: voluit ultrò progredi *Scevola*, & quærere, an adempto fideicommisso adhùc solidum matri legatum deberetur; adeòque ad eam integra quatuor prædia pertinerent, & Respondit Scevola nil cur pertinerent, proponi.

7 Refellitur sanè hæc responsio, quoniàm eodem modo ut suprà, Scevolæ verba reclamāt: siquidem cum tractetur de legato hæredi facto, quod dicitur illud pro parte cohæredis valere, non eo pertinet, ut pro parte tantū, quod ei legatum est, hæres legatarius accipiat, pro altera verò accipere nequeat sed ut capiat quidem integrum; sed legati jure pro ea parte, quam à cohærede accipit pro alia vero parte, quam à se accipere non potest, hęreditario jure capiat, ut edocemur ex traditis in *l. Nesenn. & in l. Titia 86. & in l. in quartam, & similibus D. ad l. falcidiam* hinc in pręposita specie, adempto etiam fideicommisso, non poterat *Scevola* concludere tàm indistinctè nihil proponi, cur quæ legata fuerant, & fideicommissa, ad matrem pertinerēt; nàm, & legatum factum proponebatur, & ex eo certum erat prædia matri deberi, licet alio, & alio jure, idest partim hæreditario, partim jure legati, & ademptio fideicommissi nil aliud faciebat quam reddere partem legati hæreditariam.

8 Quod si & hæc quæ certissima sunt *Osualdus* negaret velletque partem hæreditariam matrem capere nullo modo, adhùc si id exprimere *Scevola* voluisset, urique non sic loquutus foret, *an nihilominùs ex prælegatione ad matrem pertinerent.* Sed potiùs ità *an integra legata, vel an solida legata ad matrem pertinerent,* & in fine conclusisset, *nihil proponi, cur integra,* vel *solida pertinerent.*

Rursùs, & illud objici *Osualdo* poterit, quod nullibi in jure cautum repetitur, vt quotiès hæredi legatur, eique onus imponitur, ut quod legatum est, alteri restituat: hoc onus faciat, ut legatum illud, quod aliàs pro portione hæreditaria à semetipso uti legatum capere non poterat, postea capiat tāquam legatarius; quando potiùs ex principijs certis dicere debemus, quod ut hæres capiat, & ut hæres gravatus postea restituat, partem illa

illa quam à cohærede non accipit,licet,& hæc quoque restituat, sed illam ut hæres, hanc ut legatarius.

9 Neque juvat *Osualdum* quod scriptum extat *in l.cum ei 42. D.de leg.2.l.fidei mea 28.de leg.3.l.cogi 16.§. ei qui solidum D. ad Trebell.* & similibus .f.quod cum ei, qui partem capiebat, solidum legatum fuit, ut alteri restituat, placuit solidum capere eum posse; Siquidem hoc non pertinet ad hæredes quibus aliquid legatum fuerit, quive (ut dictum est) capiunt solidum; & nulla Juris prohibitione vetantur accipere, sed tantùm accipiunt disformi jure, id est partim legati iure, partim jure hæredis, sed pertinet ad illos,qui ex *legis Papiæ*, & similium legum dispositione solidũ capere prohibebantur, de quibus *Ant. Augustinus,& Franciscus Balduinus* eruditè tractant in Commentarijs ad *legem Papiam*. Et cujusmodi Orbi erant, de quibus *Vlpianus* in fragmentis sub *tit.de decimis*, hi namq; quoniàm ex propria persona solidum capere prohibebantur, ut notat *Gothofredus ad citatam l.cum ei 42.* ex persona fideicommissarij capiebant, nam & si non ipsi capaces, attamèn capacibus restituere rogati. Cæterùm responsa citata, & si sublata jam *lege Papia*, voluit *Just.* in Pandectis relinquere; quoniàm applicari ea poterant ad Naturales liberos, qui cum non nisi duas uncias ex dispositione *l.2. C. de nat. lib.* capere queant, poterunt ultra sextantem accipere, si alijs restituere graventur, ut passim *Accursius* in eisdem juribus exemplificat.

10 Sed omisso *Osualdo* ad *Fabrum* tandèm deveniamus, is cum videret obstare propriæ sententiæ citatum §.1. *l.penultima de adim. leg.* nec commodam haberet responsionem ad emendationem,more solito,recurrit,atque addita negatione legit (*nihil proponi cur non pertinerent,*) atque ità affirmare *Scevolam* facit, quod negat:facili quidẽ, & familiari modo: Sed urget incontrariũ omnium Codicum fides,& quod nec ex levi suspicione possit recepta lectio in dubium revocari.

11 Circa tamen ea juris capita,quibus propriã sententiam primò *Severinus*,deinde *Faber* asserere conati sunt,adverrendum erit,quod distinguere nos oportet; utrum fideicommissũ à legatario relictũ intercidat casu aliquo, veluti ipsius fideicommissarij morte, an vero quoniam expressè testator illud voluit reuocatum: & siquidem casu intercidit, aut morte. Verum est legatum penes ipsum gravatum remanere, ut contingit in specie *l.Julianus 60.D.de leg.2.* in qua fideicõmissarius pendente conditione decessit. Id ipsum cõtingit in specie *l.Titio 17. D. de leg.2.* Item in specie *l.pater 38.§.fideicommissum D.de leg.3.* in qua Collegium dissolutum fuisse dicitur. At si fideicom.fuerit revocatum, ut est in casu, de quo agimus,tunc omninò dicendum cum *Cujac. & Accur.* Censeri quoque legatum ademptum à legatario gravato,atque ità nedùm *Trentl.vol.2.disp.13.Thesi 4. lit.F.* sed & *Cinus, & Bartolus* jam olim dicendum esse scripserant.

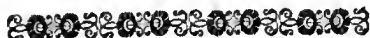
12 Et ad Repetentes deveniendo hi adeo per ademptionẽ fideicommissi apertam voluntatem testatoris revocandi legatum quoque factum, quia factũ,ut alteri restitueretur,agnoscunt, ut vix de hac re dubitandum credant, unde ità communitèr hanc *l.penult.* §.1. interpretantur,ut velint ademptum in ea quoque legatum post *Bartolum, Albanum,* & sequaces, itemque Castrensem in *l.si quis servũ D.de cond.& demon.Jasonem in l.si ita scriptũ §.regula D.de liber.& posth.* quanquàm alitèr dictum velint si casu fideicommissum intercidat, ut mox diximus.

13 Nec *Pragmatici à Repetentibus* dissentiunt, sed ultrò fatentur legatum hoc, de quo agimus revocari ob necessariam consequentiam; nàm admittunt ademptionem fieri nedùm expressè, & principalitèr, sed consequentèr, ut hic, & evenit quoque in specie illa,de qua *Romanus singul.320.* in qua cum testator reliquisset Primo mille, deindè,& Secundo quoque mille, ut æqualem primo faceret, & tandèm à Primo legatum mille ei factum, ademisset, censeri quoque legatum ademptũ,& à secundo concluditur. Cæterum ultra hunc & esse alios casus, in quibus ademptio, & revocatio per consequentiam fiat, videre est apud *Manticam de conject. ult.volum. lib. 12. tit.2.* quanquàm generaliter neque ademptio, neque voluntatis mutatio sit præsumenda, Quidam velint *ex Ozascho decis. 118. num.8.*

14 Solet quoque à Nostris adnotari, quod si legatum fuerit sub conditione ademptum, eaque pendente, hæreditas fuerit fideicommissario restituta,ademptum legatum ad fideicommissarium, sivè substitutum perveniet non penes institutum hæredem remanebit. *Guidon Papa dec.484.* sicut si Testator Titio legasset fundum,eumdemque Titium gravasset, ut illum fundum, aut certam pecuniam Sempronio daret: Si deinde ademerit à Titio legatum illudque in Cajum transtulerit onus quoque transtulisse videbitur; ideoque Cajum legatum acceptururn cum onere fideicommissi ex regula *l.94. D. de condit. & demonstr.* quam tamèn Regulam Nostri volunt in aliquibus casibus limitandam cum *Romano singul. 668. & Monticul.loco cit.tit.3.*

15 Quod autem diei solet; legatum si legatario, cui cum onere fuit relictum non debeatur,remanere penès hæredem, sed sine onere. Id volunt omnes, non habere locum, quoties

ties piæ causæ favor alitèr suadet, ut videre est apud *Tiraqnellum in tract. de privil. piæ causa privil.* 38. *& Francum decis.* 156. *num.* 3.



CAPVT XIX.

De lectione legis cum quis 38. §. 1. D. de solutionibus.

SVMMARIVM.

1 *Antinomia inter Vlpianum, & Africanum.*
2 *Fabri sententia, & emendatio.*
3 *Reijcitur.*
4 *Defenditur recepta lectio.*
5 *Objectio adversùs illam quam Faber facit.*
6 *Africanus supponit omninò actionem furtivam competere.*
7 *Aliquando furti actio competit etiam adversùs Vxorem.*
8 *Respondetur Fabrianæ objectioni.*
9 *Sunt casus in quibus furti actio nascatur etiam constante matrimonio.*
10 *Quidam Interpretes, & Pragmatici tractant ex hac lege de revocatione mandati, & solutione facta.*
11 *Semper quod nummi fiunt accipientis liberatio nascitur.*
12 *Revocatio mandati est in arbitrium mandantis si res sit integra.*
13 *Sed respectu mandatarij non respectu tertij.*
14 *Probatur revocatio mandati per unicum testem.*
15 *Potest alteri quam Creditori solvi, sed in quibus casibus.*
16 *Qui allegat solutionem debet illam probare, & in specie.*
17 *Exigens sciens à se revocatum mandatum committit furtum.*
18 *Non potest rei dominus furem excusare.*
19 *Quandoque actio furtiva in sententia Pragmaticorum datur etiam constante matrimonio.*
20 *Si tamen furtum admissum fuerit magnæ quantitatis.*

1 ANtinomiam esse inter *Africanum* in *l. cum quis* 38. §. 1. *D. de solut.* & *Vlp. in l.* 3. §. *ult. D. de donat. inter virum, & uxorem*, nemo Interpretum non vidit, & nemo eorum est, qui non conciliare studuerit, sicut & illam, quam agnoscunt inter eosdem J. Consultos in *l. singularia D. si certum petatur*, & *l. qui negotia D. mandati*. Nos etiàm, quædam de ea diximus in *suspicionum libris*, à quibus petenda.

2 Hic autem ubi *Faber* nonnullis mutuatis à *Cujacio* 8. *obser. cap.* 8. & à *Pacio antinom. cap.* 64. Itemque à *Brissonio lib.* 1. *de solutionib.*
3 & quædam de suo addens; hanc conjecturam consarcinavit; circa illam, primò animadvertendum erit, quod emendatio præposita ad §. 1. *l. cum quis* 38. *D. de solut.* omninò respuenda est, nedùm quia verba illa tex. (*post divortium*) quæ causatur *Faber* esse inepti Interpretis, & ideò dispungenda, constantissimè libri omnes habent, & in primis *Florentini*, & *Basilicorum*; nàm in his *libro* 26. *tit.* 5. *cap.* 58. §. 1. legimus (*ego verò post divortium adversùs eam furti actionem habeo*) sed etiam quia pro eorum retentione facit fortissima ratio, quæ desumitur, ex contextu, qui urget, ut postrema illa clausula (*furti tamē actionem mihi competituram*) ad proximè præcedentia, non autem ad longè posita, & in textus principio sit referenda; nam clausula est de ea specie, in qua mulier nummos recepit; & adjecta est ad explicandum id, quod *Africanus* paulò ante dixerat: (*sed exceptione eum adversùs maritum tuendum esse, si conditionem, quam adversùs mulierem habet praestet*) quippèquod cū ex hoc posset quis inferre, adversùs Juris Regulas, vel quod maritus, constante adhùc matrimonio poterat de furto adversùs uxorem agere, vel quod si non poterat inutilis ei futura conditio, quæ cedenda dicebatur, *Africanus* ut tacitæ objectioni respondeat adjecit. *Conditionem furtivam non competere, nisi post divortium*, sivè quod idem est non competituram, nisi matrimonio soluto; atq; ità negavit primò constante matrimonio agi furti posse, deinde & negavit futuram inutilem conditionem marito, cui aliquando utilis sal rem erit. Sicq; ad hanc speciem referenda verba erunt, non ad principium text. Ideo retinenda quidquid *Faber* contendat.

4 Rursùs alio ex capite nō debet recepta lectio mutari, nēpè ex eo quia si postrema verba ad priorem tex. partem referas, nedùm ità reddes insulsum *Africanum*, qui ad speciem jàm decisam, explicatamque ex abrupto revertitur, quod sanè nunquàm fecit, & quamquam eum à principio nō decidit, quod proposuerat; sed tantùm dubitandi rationes attulit, aut cum adversùs decisa opposuit, ut tandèm diluat, aut respuat oppositiones quas fecit, soleat aliquando regredi ad priora dicta, ut in Responsis illis, quæ à *Fabro* adducuntur *num.* 6. tamen cum neutrum in hac *l.* de qua agimus, observetur; (nàm & à principio decidit quæstionem, & nihil adversùs illam opposuit, & ea decisa, & relicta ad aliam consimilem transgressus fuerit) nullo modo possumus dicere hic, quod cum ad finem venerit, denuò ad principium reversus sit. his

acce-

accedit quod sibimetipsi contradicentem *Africanum* faciemus si *Fabro* ad sentimus, & verba *post divortium* dispungamus, nam eũ dixerit in principio: *mihi adversùs Titium competituram actionem furti*: si tamèn illa mihi à debitore meo cedatur. (ibi) *paratus sit conditionem, quam adversus Titium habet, mihi praestare*, postea dicet citrà cessionem mihi actionem illam competere: atque ità sibi adversatur: Quod sanè retenta recepta lectione non evenit; nàm & cessionem marito faciendam dicet, eaque maritum usurum post divortium affirmabit: nec turbare nos debuit quod personas variaverit *Africanus*; nàm hoc solere Juris Consultos facere jam olim à doctissimis viris animadversum est.

5 Sed objicit *Faber*, nequaquã in proposito competituram cõdictionem, & si cessam, marito, & si ea uti post divortium voluerit, quoniam adversus eam, quæ uxor fuit furti, costante matrimonio admissi agi posse etiã post divortium nequit ex *l.2. C. rerum amotarum.*

6 At primò nos pro certo habere ex *Africano*, qui ita supponit, oportebit, quod in specie tractata adversus mulierem actio furti cõpetebat, nam alioquin si furandi animũ mulier non habuisset, ut fingit *Faber n.5.* utique furtum non fecisset, & quæstioni locus non esset; quoniam neque debitor furti actionẽ adversus ipsam mulierem haberet, quã cedere marito posset, & proinde eum habere eam debitor apertis verbis pronunciet Juris Consultus, & si paratus sit illam cedere, exceptione securum fore respondeat, non aliud dicedum, quam quod revera furtum commissum à muliere fuit, & cum animo furandi, ab ea res fuisse subtractas.

7 Secundò, & illud quoque observare debemus, quod licet maritalis reverentia prohibeat, ne adversus uxorem actio furti nascatur, neve intentari ea possit, quousque uxor est, attamen sunt casus, in quibus reverentia insuper habita permittitur adversus illã furti actio ut in *l. & ideo §.1. D. de actione rerum amotarum.* ideoq; mirum non est, si quod cõstante matrimonio, aliquando conceditur, eo dissoluto concedatur, quando tunc cessabit specialis illa ratio juris constituti, qua ut observavit *Alciatus 7. Parergon. cap. 26.* vetitum est agi intèr conjuges de furto, eum re vera, furtum admissum sit. ut *Sabinus, & Proculus* fassi sunt *in l. prima D. de actione rerum amotarum.*

8 His positis Respondetur ad *Fabri* argumẽtum, quod aliud est quærere, an actio furti nascatur constante matrimonio adversùs cõjugem, ex qua alter conjux, dissoluto tandem matrimonio acturus sit, aliud supposito quod nata sit, quærere an possit conjux, qui actionem illam acquisivit, dissoluto matrimonio ea uti; & circa primum verum quidẽ est, quod generaliter, & ordinariè non nascitur actio furti matrimonio constante in beneficium alterius conjugis uti jura volnère & proindè cum non nascatur, verum etiã est quod agi ex ea dissoluto matrimonio non poterit, ut dicitur in *l.2. C. rerum amotarum.*

9 Sed circa secundum cum sint quidam casus, in quibus nascitur hæc actio, & si matrimonio constante, ut in hac specie *Africani* evenit; dicendum erit agi dissoluto matrimonio illa posse etiam ab eo qui maritus fuerat quive illam actionem acquisivit; nec obstare superiorem regulam *l.2.* quia locum habet cum actio nata non fuit, & sanè quis non videt quod cum furtum marito fit; is non aliam habet actionem ad illud vindicandum quam rerum amotarum adversus uxorem; unde non alia quam illa utetur etiam soluto matrimonio; Nàm dissolutio matrimonij non facit, ut alteram novamque actionem acquirat ob delicti olim à muliere admissũ, & ob quod cõpetentẽ jà tunc obtinuit actionem; at quotiès furtum non marito, sed extraneo fit puta sit debitori ipsius mariti, ut est apud *Afric.* jam ad beneficium illius extranei adversùs furem mulierem furti actio nascitur qua ob furtum admissum mulier tenetur. quid mirum ergo quod cum hæc actio jam ut diximus à principio nata sit in beneficium furtum passi, atque ita nata ut ex illa agere si velit, & illã ipse cedere marito possit; ab eo soluto matrimonio, valeat postea intentare dum intentat actionem jam natam licet alteri natam, quam ipsi marito.

10 Sed his non contenti Vulgares *Interpretes* eorumve Asseclę *Pragmatici* tria adnotandæ esse ex hac *l. cum quis 38. §.1. D. de solut.* voluère post *Bartolum, Baldum, & Alexandrũ.* Quorum primum est, quod si revocato mandato, debitor mandatario solverit ignotans tamèn revocationem, hac non obstante, liberationem ipso jure consequetur.

Secundum quod Regula generaliter statuẽda est, quod quotiès pecuniæ solutæ dominium creditori acquiritur; totiès liberatum iti debitorem affirmandum erit.

11 Tertium, quod condictionem furtivam, quam quis habet ex furto sibi facto potest alteri cedere.

12 Et quidem primum, quod Bartolus repetit in *l. rogasti §. si fugitivus D. si certũ petatur, & in l. cum fundus §. servum, & in l. ejus 41. D. eodem: Pragmatici,* verum illud esse passim enunciant, ea adducta ratione, quòd & si liberum mandanti sit revocare mãdatum, hoc tamèn opottet facere priùs quàm mandatarius debitori notum fecerit mandatum quod

T ha-

habuit, & ut sibi solvat significaverit *Hippolytus singul.* 58. *& singul.* 265. eujus dictis addenda sunt rradita à *Rota Gennensi decis.* 123. *& a Romano singul.* 288. nam & si mandarũ revocaverit Dominus Re quidẽ integra; quia tamen illud jam in debitoris noririam pervenit, oportebat & revocationem à se factam eidem debirori noram facere, ut advertir *Rota Aven. dec.* 15. *in dec. diversorum*, & in simili de Revocarionc Procuraroris ad cerra negotia, & in certo loco constituri tradit *Cravetta cons.* 76.

13 Hinc, & si vulgò dici soleat, quod pro arbitrio quis revocare mandatum possit etiam juratum, hoc tamèn inrelligendum fore notàr Quidam, ut aliàs diximus respectu ipsius Procuraroris constituti non respectu tertij, & proinde si mandavero Titio, ur à Sempronio debitore meo exigat: quãquàm pro libito possim mandatum Tirio factum revocare: attamèn debeo id me fecisse, debirori meo significare; alioquin si ille bona fide, & ostenso sibi mandato Tirio solverit, liberabitur, ut suprà dictum est.

14 Cæterum fatentur Nostri mandati revocationem, vel per unicum testem jurarum probari posse eum *Corseto in singularibus lit. M. ver. mandatum* iuxta tex. *in cap. ex insinnatione* 3. *ext. de procuratoribus*, & fatentur quoq; quod sicur pænitere qui mandavit potest, ità & vice versa rarum habere quod non mandavir, quod si fecerit, mandari renebitur, *Vera dec* 180. *par.* 2. *Rota Gennensis dec.* 119. sicur, & actionem mandati habebit adversus cum, qui gesserit *Rota dec.* 137.

15 Circa secundum animadvertendum *Pragmatici* volunt, quod ex eo, quod *Africanus* in hac lege nostra succurr. ndum vult ei, qui bonafide soluir, licet revoeatum mandarum fuerit, deducirur quod possir aliquis alteri, quàm creditori suo solvere, & liberationem consequi, si ei succurrendum videatur ex *Afflicto dec.* 150. *num.* 23. & quanquàm communitèr receprum sit, quod debitor solvens alteri, quam Credirori suo, non dicitur solvere, & proinde non liberatur *Ludovicus dec. Lucensi* 25. adhùc hoc non obstanre erit succurrendum ei, qui solvir Credirori Creditoris sui, cuique quod ipse solvit debebarur, & ratiosumi potest ex hac *l.* nostra; quod cum nũmi soluri, licer alreri, quàm proprio credirori fianr illius, cui solvuntur: quia, & ei debẽtur à creditore: iniquum videri posset, si qui solvit, liberationem non consequeretur. hoc aurem mulrò facilius dicemus evenire, si jussu Iudicis sub pęna jubenris, debiror alteri, quàm credirori suo solverir modo de jussu pararus sit doeere. Vide *Afflictum decis.* 150. *num.* 18. *Rotam Genneusem dec.* 33. *lib.* 2. *nu.* 8. *Decium cons.* 407. *num.* 2. *Menochium cons.* 18. *volum.* 1. Sicnt & liberationem consequeretur hic idem debitor si per injuriam Creditoris, à superiore soliro vim inferre fuisset exactus; Item si à fisco, & similibus potentioribus. in his tamèn omnibus prudens Judex arbirrio suo existimabit, an negotium fuerit bona ñde gestum, & an solvere debiror debuisset, ut docer idem *Menochius lib.* 2. *de arbitrarijs casu* 237.

Porrò ad allatam Regulam, qnod quotiès peeunia accipientis fir, debitor liberarus remanet pertinent ea, quæ scripsir de *Franchis dec.* 200. & ibidem Addentes, & quod Nostri de pecunia soluta quidem Credirori, sed pręstita eautione de eadẽ restituenda, quoniàm tùnc re vera non dicitur absolurè pecuniam illam effectam recipientis, quinimmò adhùc extare dieitur cum *Franco dec.* 75. 614. *&* 635. *n.* 3. Nam eautione præstira adeò obstrictus remanet, qui aecepit, ut proinde non possit dici, debirot omnino liberatus quamvis aliqualem liberarionem consequutus sir, adeò ut si carceribus detinetctur, posset ab illis emancipari.

Facir quoq; ad eandem Regulam id quod de pupillari debitore dici soler scilicer, quod & si solvat, si tamèn legitimo rurori non solvat nequaquam ereditori suo solvisse videtur, & proinde non liberabitur. vide eumdem *Francum dec.* 206. quod intellige si in dolo fuerit, aut prorsùs negligens in exquirendo, an is, eui solvit legitimè tutor sit, & an adimpleverit adimplenda; alioquin si bona fide versarus illi solverit, qui ab omnibus, ut legirimus turot, & qui adimplevisset habebatur, & ur talis ab alijs debitoribus exigebat, videtur is qui solvit saltèm exceptione aliqua juvandus esse, & ex terminis nostræ *l.* ei concedendum, ut possit se offerre pararum cedere actionem adversus falsum turorem, sive cum qui talem se asseruir cum justè, & legitime talis non foret, & ab hac sententia non videtur abhorruisse *Francus in citata dec. num.* 3 *& Tepata sentent. in tit. de solut. colum.* 2. qui & *Petrum de Ravenna* adducit *singul.* 632. quod mulrù magis locum habebit. si jussu Judicis forer solurio facta, *Guidon Papa singul.* 95. *vide Gom. variarum lib.* 3. *resolut.* 27. Cæterum an, quamvis vero turori solurum fuerit si tamẽ peeunia depetdita, aut quoquomodo urilitate ipsius minor aut pupillus caruerit habeant hi adversus eum qui solvit beneficiũ restirutionis? negant *Guttierez de tutelis par.* 2. *cap.* 22. *& Consil. Hodierna ad Surdum dec.* 229. alijq; notatis à Luea ad *Francum* ubi supra & in terminis fortioribus *à Toro in par.* 2. *compend. in ver. solutio.* Affirmant verò, & beneficium concedunt *Cencius de censibus quæst.* 69. *n.* 15. *& Rota in decisionibus* impressis post illum

tractatum *dec.*175. Itemque *Rodericus de ann. redit.q.*15. *lib.*2. *alijque* cum quibus citatus *Mesa lib.*3.*resf.*27. Unde anceps quæstio remanet, & potius ex fide qua negotium gestum alijsq; circumstantijs facti decidenda.

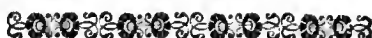
16 Denique supradictorum occasione duo iterum adnotanda, Primum, quod is, qui solutionem allegat, probare eam tenetur, & in specie, quando scilicet, & quomodo, aliàs nō præsumetur, ut *Rota Genuensis* affirmat *dec.* 60.*num.*4. Secundum quod solutio facta nōnullas debet habere conditiones, ut incontroversa undequaque sit, & omnimodam liberationem pariat, de quibus conditionibus videndi *Anna cons.*49.*Surdus dec.* 229. *ibiq; Consil.Hodierna* supra citatus.

17 At circa tertium quod propiùs ad legem nostram accedit observant *Pragmatici* primò actionem furti competere adversus eum, qui sciens mandatum revocatum à Domino adhùc exegerit, sicut adversùs eum, qui falsò se procuratorem esse simulasset *Franc. Marcus quæst.*842. post *Bartolum in l.si procuratori* 14. *D. de condict. causa data*, & exteros *Repetentes in l.quoniam* 18.*D.de condic. furtiva, & in l.hac* 3. §. *nam.D.de donat. inter virum, & uxorem*, quod si revocatum mandatum ignorasset is, qui exegit, aut si scivisset, sed crederet tamèn, ratum dominum habiturum quod exegerit, excusandus erit, ut in similibus dicunt *Antonius Columbus singul.*9. *Cravetta*

18 *cons.*260. & sequaces; quanquàm vulgò receptum sit, non posse Dominum rei furatæ eximere à pœna contracta furem, dicendo se permisisse contrectationem, ut *Abbas* docet *cons.*106. *p.*1.*Hippol.singul.*22.*Gerardus sing.* 55.*Mantuasingul.* 602. *Cassan.ad consuetud. Burgundia tit.de justices* §.5.*Gl.*6.*num.*38. sed videndus *Menochius de arbitr.lib.*2.*casu* 298. *num.*4.

At circa condictionem furtivam, de qua in hac *lege* placuit nostris non obstantibus què à Juris Consultis responsa sunt; ea agi hodie posse adversus uxorem, & allegāt vulgò *Glossam in* §.*sin autem inst.de hæredū qualitate, & differentia* ex cujus recepta sententia volunt puniendam quoque criminaliter conjugem ob furtum admissum, si magnę sit quātitatis quod & *Bartolū in l.*1.*D.de actione rerum amotarū, Tepata lib.*1.*sentent. tit. de furtis* dixisse vult.





CAPVT XX.

De lectione l. ultimę D. de pactis Dotalibus.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus.*
2 *Explicatio.*
3 *Reicitur Fabri emendatio.*
4 *Reicitur, & emendatio altera.*
5 *Repetentium sententia.*
6 *Quid Pragmatici velint.*
7 *Regnicola in alienatione rerum dotalium Assensum Principis exquirunt.*
8 *Sed eo opus non est nisi cum mulier alienam in se trasfert obligationem.*
9 *Dubitatur an hac provisio utilior, an vero damnosior fuerit.*
10 *Maritus recuperat quod expendit in alienando, item in meliorando res dotales.*

1 UXor viro fundum ęxtimatum centum in dotem dederat. deinde cum viro pactum conventum fecerat (ut divortio facto eodem pretio uxori vir fundum restitueret) postea volente uxore, vir eū fundū ducentorum vendiderat, et divortiū erat factum. Labeo putat viro potestatem fieri debere utrum velit ducenta, vel fundum reddere: neque ei pactum conventum remitti oportere. idcirco puto hoc Labeonem Respōdisse quoniam voluntate mulieris fundus venijt alioquin omnimodo fundus erat restituendus. hæc Jabolenus ex *Labeone in l.ultima D.de pactis dotalibus* Sed ut quid sibi Juris Consultus in hoc Responso velit intelligamus; oportet nedum ad singula verba animadvertere, sed præcipuè ad illa (*deinde cum viro pactum fecerat, ut divortio facto, eodem pretio uxori vir fundum restitueret*) nam hæc propriè sunt, quæ variè ab Interpretibus explicata confusionem peperère. igitur: ut id assequamur ita speciem fingenda erit. mulier fundum æstimatum centum in dotem marito dedit pacto adiecto, ut soluto matrimonio per divortiū, eumdem fundum, aut centum, utrum mulier voluerit, vir eidem restituat: contracto matrimonio, vir fundum ex mulieris voluntate vendidit, & vendidit ducentum: sequuto divortio mulier fundum petijt, consulitur J.C. an iustè petat. Respondet non posse uxorem fundum petere, sed in electione mariti esse an fundum, vel ducenta præstare velit; quoniàm, & si in uxoris electione à principio fuisset ex pacto convento, an po-

tiùs fundum, an verò centum peteret; hanc tamèn electionem, & pacti conventi provisionem postea amisit, cum assensum venditioni præstitit; nam ex hac nova voluntate pactum anterius, quod electionem præstiterat, inutile redditum fuit, remansitque res in eo statu, in quo fuisset, si absque pacto simplicitèr contractum foret; & proinde vir ad pretium fundi, idest ad ducētum, quæ percepit non ad fundum præcisè tenebitur; quāquam vice versa sit in sua electione si non ducenta, sed fondum restituere velit, nam ipse habet electionem; mulier verò, & si ob pactū interpositum habuisset attamen amplius ea uti non potest; quoniàm ut *Jabolenus* notat voluntate sua fundus venditus fuit.

3 Ex his intelligimus primò malè *Fabrum* hic sub *num*.4. dispuncta voce (*ducentum*,) (*centum*) reposuisse quando non centum uti fuerat fundus existimarus, se ducentum quanti fuerat venditus restituere maritū oportet; Id quod convincitur ex eo quia pretium fundi venditi non centum, sed ducentum fuit; nec maritus illud plus lucrarì potest, quando ideò consequutus est, quia mulier venditioni consensit, & suam, quam ex pacto habebat electionem remisit, præsertim cum ideò remisisse, & consentisse censeatur quia pretium illud tam sibi lucrosum invenit, & sanè maritus, ut centum dumtaxat restituat, non potest opponere quod existimatum centum fundum acceperit; nam æstimatio illa à principio facta ob pactum conventum quod electionem uxor habeat an eundem fundum an vero centum petat, effectum æstimationis non habuit; nec vera, & rigorosa datio, & æstimatio fundi fuit: quandoquidem si talis fuisset quia maritus loco emptoris constituisset centom tantummodò solvere non item fundum ad electionem uxoris restituere debuisset: Cum ergo id non potuisset ex pacto, cōcludendum erit æstimationem, & fundi dationem propriè talem non fuisse.

4 Intelligimus secundò neque opus esse cum eodem *Fabro* dispungere verba illa *Jaboleni* postrema, *neque pactum ei remitti oportere*; quoniàm illa sunt retinenda ut significent prius pactum adeò inutile ob pręstitum consensum venditioni fuisse redditum, ut ne remissione quidem opus sit, unde nec remitti oportebat, ut in simili de denūciatione novi operis dicunt Juris Consulti, quæ quotiès nō tenet, remissione ejus opus non est. Cæterùm & Græci receptam lectionem tuentur; nam *Basilicorum libri ita se habent lib.29.tit.5. de pactis dotalib. cap.30. Cum mulier fundū æstimatum centum nummis dedisset, postea convenit ut divortio facto fundus eodem pretio restitueretur, cum maritus muliere consentiente vendidit nummis ducentis, est in mariti potestate post divortium utrum velit fundum an nūmos ducentos præstare. Sin autem absque mulieris voluntate omnimodo fundum debet.* Et ad hæc inter alia ita notat Cyrillus Scholiastes. *Hic autē taliquod quoque amplius redditur mulieri quoniam consensit alienationi nam pro centum quibus initio fundus æstimatus fuerat ducenta accipit, vel fundum.*

5 Porrò quòd attinet ad *l.interest 6.C.de usufr.* ejusve explicationem quoniam de eo alibi à nobis dictum est, hic opus non erit idem repetere. Sed solum circà jam dicta adnotabimus, quod apud veteres *Repetentes* vix difficultas aliqua invenitur in explicanda hac *l. ultima D. de pactis dotalibus*, etenim communiter tradunt, quod maritus possit quidē fundum in dotem æstimatum acceptum alienare, sicut, & alteri hipothecare, ut explicāt *Bartolus*, *Salycetus*, *Sichardus*, & reliqui ad *l.interest 6.C.de usufructu.* Sed quotiès pactū fuit, eumdem fundum uxori restituère, id non poterit, non obstante, quod ęstimatum acceperit, Nisi mulier consensiat, quod
6 *Baldus* notat. Hinc *Pragmatici* hoc ipsum fassi ultrò progrediuntur, & plures esse casus, in quibus res dotales validè alienantur, nos docent cum *Friderico de Sole in tractatu de dote q.26.* & inter hos esse hunc, si mulier consentiat atque de illius voluntate fiat alienatio. hanc tamèn voluntatem circa fundi dotalis alienationem, non obstante pacto, tunc volunt operari cum in utilitatem mulieris alienatio cedat, non verò cū in ipsius damnum; & proinde dicere solent, augeri quidem, constante matrimonio, dotē posse, at non diminui *Tesaur.dec.230. Hartmanus, Hartamani lib.2.cap.9.tit.de dote*, & probant notata ad *Affl.dec.134.& Guid.Pap.sing.56.*

7 His autem Nostri Regnicolæ addunt in alienatione fundi dotalis à marito, & si cum voluntate mulieris facienda, adhùc opus esse Principis, sive Regis assensu, qui non alitèr concedi solet, quàm cum adiecta clausula, dummodò sit cautum mulieri de Juribus dotalibus, ut observat de *Ponte de potestate Pro Regis sub tit.de diversis provisionibus, & licentijs cap.de decretis Collater.Consilij, &c.*

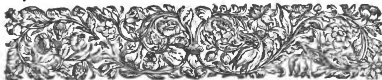
8 At non ità opus esse Regis assensu, cum mulier ipsa contrahit, aut se obligat nisi id faciat alienam, ut puta viri, in se suscipiendo obligationem, melioribus *Pragmaticis* placuit, qui ideò (refutata ejusdem de *Ponte*, & sequacium sententia) tùnc assensu Regio opus esse contendunt, ut *Vellejani* beneficiū cesset, & ab eo mulier excludatur; nā & reveta, dum alienam in se transfert obligationem, *Vellejano* fuißet adiuvāda mulier; in hoc cōsistet utilitas impetrandi assensum prædictum alioquin inutilis impetratio ejus foret, ut post *Francum dec.633.Reg.de Marin.* attio-

tiocinatur *quotid.lib.1. c.276.& rursus lib.2.*
9 *cap.*237. Cæterum illud adhùc plerosque in ancipiti tenet, an majoris utilitatis fuerit, excogisse prò validatione contractuum mulieris, & pro exclusione *Vellejani*, Regis assensum, ne facilè mulieres circumvenirentur; an majoris damni nàm ex hujusmodi assensuum impetrationibus innumeræ in dies oriuntur lites, & Tricę, atq; ex illis plures dati Pragmaticis calumniandi, & litigandi prætextus: sivè si per incuriam assensus non impetratus, aut fato, vel temporis longinquitate deperditus proponatur, sivè subreptitiè impetratus dicatur, vel non vera dotis quantitas in supplici pro eo libello expressa, vel negotium alitèr quàm erat, expositū fuerit, sivè tādèm si diversus à contractu assensus, aut paulò alienus inveniatur, dubiumque sit, an illum compræhendat, necnè.
10 Deniq; & illud ad notādum Nostri volunt, quod si maritus expensas aliquas in fundo alienando fecisset, aut adeò meliorasset, ut ideò pluris venditus fuerit, tum expensas, tū meliorationes, sive pretium earū recuperabit, ut ex *l.divortio §. impendi, vers.planè.D.soluto matrimonio.* Idem *de Marinis* notat *quotid. primo cap.*323. *n.*8.

Finis Tertij Libri.



D.IIIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS.

LIBER QUARTUS.



CAPUT I.

De condictione furtiva, & actione rerum amotarum, & an detur insolidum contra hæredes.

SUMMARIUM.

1 *Actiones ex delictis non dantur contra hæredes insolidum excepta conditione furtiva, & rerum amotarum.*
2 *Contra visum est Cujacio.*
3 *Faber hic adversus Cujacium disputat.*
4 *Adducit tex. in l. si pro fure D. de conditione furtiva.*
5 *Sed respondetur ad tex. præd.*
6 *Objectio ex l. condictione 9. D. de condit. furtiva.*
7 *Responsio Cujacij.*
8 *Dubitatur de hac responsione.*
9 *Nostra adducitur Responsio.*
10 *Adducitur l. 2. §. ult. D. de vi bonorum raptorum.*
11 *Respondetur.*
12 *Replicatur Bacovio.*
13 *Objcitur l. in honorarijs 37. D. de act. & oblig.*
14 *Respondetur.*
15 *Objcitur quod fur in mora perpetuò est.*
16 *Satisfit huic objectioni.*
17 *Prima Fabri Responsio adversus Cujacium.*
18 *Diluitur.*
19 *Secunda Fabri Responsio.*
20 *Diluitur.*
21 *Transit Faber ad actionem rerum amotarum, & defendit dari insolidum, quia rei persecutionem continet.*
22 *Respondetur ad motivum.*
23 *Secundum Fabri fundamentum.*
24 *Destruitur.*
25 *Fabri Responsio ad Dioclet. Rescriptum.*
26 *Examinatur.*
27 *Interpretum, & Pragmaticorum sententia dè actionibus pœnalibus adversus hæredes non dandis.*
28 *Sed contra sentiunt Canonistæ.*
29 *Hi audiendi in terris Ecclesiæ.*
30 *Limitatio Doctorum.*
31 *Quid Pragmatici de condic. furtiva.*
32 *Quid in praxi servandum.*

1 Quan-

1 QUanquàm Regula ſit apud Noſtros, qua traditur actiones illas, quæ ex delictis deſcendunt, & ſi rei perſecutionem continéant adverſus hæredes non competere: ab ea tamèn Regula excipi ſolet actio rerum amotarum, & condictio furtiva; nàm has in hæredes dandas in ſolidum pleriſque perſuaſum eſt, inter quos *Fachin.contr.9.cap.5. Bacovio in tractatu de actionibus Theſi 21. diſp. 4.* & alijs, cum quibus *Amaya in Comment. ad lib.10. Codicis ſub tit.de jure fiſci ad l.10.n.46.*

2 Jacobus Cujacius tamèn, quem, Nonnulli ſequuntur, præſertim *Vltejus in Comment. ad §.plane odio inſtit.de act.nu.11.* & in *Juris prudentia lib.2. cap.6.num.5.Gothofredus ad l. fin.C.rerum amotarum,& P. Faber ad l.38. & l.157. D.de Regul.jur.* alitèr ſentit, & non eſſe locum exceptioni propoſitę contendit *obſer.13.cap.37.* Et quæ in dubium revocaverat *7.obſer.cap.37.* omninò reijciens; affirmat nec furtivam condictionem, nèc rerum amotarum actionem in ſolidum adversùs hæredes competere, ſed dari quatenus ad eos pervenit.

3 *Fabro* hic diſputandi adverſus Cujacium avido receptior ſententia placuit; unde pleraque pro illa adduxit, quod poſtea magis latè facit *de Erroribus Pragmaticorum decade 76. errore primo, & ſequentibus* quo in loco cōtrà inſtitutum ſuum pro Vulgarium Interpretum, & *Pragmaticorum* ſententia adverſùs *Cujacium* pugnat, & ſe defendere nititur à *M. Lincklama, qui membranarū primo c.18.* caput iſtud nervosè exagitat, & conſternit. Nos tamen faciliori ſtylo, ut ſolemus, id ipſum præſtabimus, nam *Fabri* coniecturas omnes inveſtigare, & refellere propoſitum eſt.

4 Et cum primo adducere *Fabro* viſum ſit *Vlpiani* locum in *l.ſi pro fure 7. §.ultimo D. de condictione furtiva,* ubi ſcriptum *Jure Civili conſtitutum, ut condictione furtiva obligetur etiam furis hæres*, ea nimirum ratione, quod
5 ea *actio rei habeat perſecutionem*, monemus hoc ipſum adverſus *Fabrum* concludere: Siquidem ſi rei dūtaxat perſecutionem adverſus hæredem continet id ſolum, quod rei furatæ ad hunc pervenit, actor vindicabit.

Nec quod addit *Vlpianus* prædicta habere locum *non tantùm ſi vivat ſervus furtivus, ſed etiam ſi deceſſerit*, cum *Accurſio* interpretandū erit. Si deceſſerit *apud furem, eoque vivo*, ſed ut contextus exegit, ſi penès eumdem hæredem (de quo ſermo eſt *deceſſerit*; eo magis, quod *Vlpianus* ſcripſit *deceſſerit*) non *deceſſerat*, aut *deceſſiſſet*: ità indicans ſe loqui de ſervo nedùm penès hæredem defuncto, ſed poſt litem contextatam defuncto.

6 Secundò adducit *Faber* ejuſdem *Vlpiani* Reſponſum aliud in *l.ex conditione 9. D. de condictione furtiva* (quo uno, moveri cum adverſus *Cujacium* mordendo *Linklama* notaverat unde *Faber*, ictum ſentiens, *hoc unum ſatis ſibi ad victoriam, cum apertum adeò ſit, ut nihil ad eum reſponderi poſſit* in libris *de erroribus Pragmaticorū* exclamavit) in eo namque *Vlpianus* ait *in condictione ex cauſa furtiva, non pro parte, qua pervenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli hæredes ſumus, pro parte autē hæres, pro ea parte, pro qua hæres eſt, tenebitur:* unde concludit *Faber* hic controverſiam deciſam eſſe, ideoque hæredem in ſolidum teneri.

7 Sed hanc obiectionem viderat *Cujacius*, & quanquàm ſubſtitiſſet in citato *cap.57. obſer. lib.7.* attamèn deinde *in c.37.lib.13.& lib.11. quæſt. Papin.ad l.5.D.rerum Amotarum*, reſpondit, (quod & olim aliquibus ex antiquis Interpretibus in mentem venerat) in ſpecie prædictæ legis jam litem fuiſſe cum defuncto fure conteſtatam.

8 At hæc reſponſio quanquàm apta, quinimmò, & neceſſaria viſa pleriſque ſit, vix tamèn ego reciperem, non ex eo quia ut *Bacovius* opponit, in his terminis litis cōteſtatæ actiones omnes pęnales tranſeunt in hæredes; nàm & ſi verum hoc ſit, non tamèn facit, quin *Vlpianus* non potuerit, & in ijſdem terminis aſſerere quod tranſeat condictio furtiva dum non proponebat differentias inter illam, cæteraſque pęnales actiones. Sed ex eo non reciperem *Cujacij* Reſpōſionem; quoniàm prorſus divinatoria eſt nullo exiſtente in tex. verbo ex quo elici poſſet conteſtatam litem ſure vivente fuiße. Hinc *Marcus Linklama* aliam invenit, quam tamèn contortam, & ineptam *Bacovius* appellat; ſed nimis temerè, ut quibuſdam videtur, qui aut illam defendunt, aut novam afferunt. nos omiſſis aliorum dictis ad propoſitam à *Fabro* obiectionem.

9 Reſpondemus ideò in adverſum non facere citatam legem à *Fabro* adductam quoniàm *Vlpianus* in ea non ſimpliciter aſſeverat, quod credit idem *Faber*, condictione furtiva nos in ſolidum teneri; ſed id aſſevèrat cum adiuncto illo (*ſi ſoli hæredes ſumus*) id quod nedùm deſtruit *Fabrianam* aſſertionem,, & probat *Cujacianam*, quippe quod ſi verum eſſet in ſolidum cōdictionem furtivam dandam, utique ea daretur adverſus nos in ſolidum, & ſi in ſolidum hæredes non eſſemus; hoc enim actori facultas agendi in ſolidum præberet; ut ſcilicet pro ſolida re agere poſſet etiam adverſus illum, qui pro parte hæres fuit.

Sed etiam indicat *Vlpianum* nequaquam loquutum de eo, quod conſequi ab hęrede furis is qui agit, condictione furtiva propoſita poſſet, ſed de modo agendi tractat adverſus hæredes furis, unde poterit dici cum *Linklama* quod cum aliud ſit aſſerere, teneri hæredem pro parte, qua pervenit res ſubtracta,

aliud

aliud teneri pro parte, qua hæres est, quando *Vlpianus* ait teneri in solidum hæres, qui solus hæres fuit, non ob id decidit solidum præstare hunc hæredem oportere, sed solidam actionem adversus eum intentari posse, & solida actione teneri, quia solus hæres est; Cęterùm non præstaturum nisi id, quod ad eum pervenit. proinde in eo diversam esse conditionem ejus qui solus hæres, à conditione ejus qui pro parte, quoniam cum quis hæres pro parte est, nedum non præstabit, nisi quatenus pervenit, sed nec in solidum conveniri poterit cū non solidę actioni expositus sit, sed pro parte tantum cōveniatur hęręditaria, & partem dumtaxat quæ pervenit, præstabit.

10 Tertiò affert *Faber* tex. *in l.2.§.ultimo D.de vi bonorum raptorum*, sed parùm cautè; nàm
11 ut & ab alijs quoque animadversum est, vel ex hoc uno tex. *Cujacij* sententia satis probata est: apertè enim asseritur, *quod nè hæredes Raptoris ex defuncti delicto lucrum facerent, præsto est condictio furtiva qua vi rapinam passus experiatur; ideòque Prætorem non esse pollicitum in bonorum Raptoris hæredem actionem*, & ex his clarè patet Juris Consultum velle hæredes condictione furtiva teneri, quatenus ad eos pervenit, quatenùs lucrati sunt.

12 Quod si dixeris, ut *Bacovius* movet, contingere ex condictionis furtivæ natura, quæ datur quoque adversùs raptorem quoniàm omnis raptor fur est adeòque furti tenetur; ut adversus hæredes ejusdem raptoris non detur nisi quatenùs pervenit; ex hoc ipso deducam ego condictionem furtivam non dari adversus hęredes furis, nisi in quantū locupletiores effecti fuerint; siquidē instituta adversus hæredes Raptoris facit solùm, ne illi lucrū sentiant, scilicet ne ex furto id quod ad eos pervenit, lucrentur, & retineant. alioquin dicendum foret, quod ineptum est, mitiùs agi cum hæredibus Raptoris, qui & fur, & improbissimus fur est, quàm cum hæredibus simplicis furis; & quod condictio furtiva adversus hos intentata solidum persequatur, adversus illos verò, qui & furis, & Raptoris hæredes sunt id dumtaxat, quod pervenit, & quod sunt lucrati. sed hujusmodi assertiones, vel idem *Bacovius* rejectas vellet.

13 Quartò abutitur *Faber Pauli Respōso*, quod extat in *l.in honorarijs 35.de act.& oblig.* Ex eo enim quod ibi distinguūtur honorarię actiones, in eas, quæ rei persecutionem habent, & etiam post annum dantur, & eas, quæ neque post annum, neque in hæredes, nisi ut lucrum ab illis extorqueant, dantur; deducendum vult condictionem furtivam in solidum dandam contrà hæredes; quia rei persecutionem continet, & post annum durat.

14 Sed quis non videt *Pauli* distinctionem in citata *l. in honorarijs* ad rem de qua agimus non pertinere, vel ex eo, quod cum condictio furtiva civilis sit, non honoraria, ut idem *Faber* fatetur non debet ex his quæ in honorarijs actionibus admissa sunt regulari. unde ex eo quod post annum durat, ut *Paulus* testatur *in l.si mulier 21.§.hac actio D.rerū amotarum* non deducitur quod in solidum detur quoniam durat, quia civilis est. Cæterum nec in honorarijs omnibus, sed in quibusdam asseverat *Paulus in cit.l.in honorarijs*, quod quę insolidum dantur, post annum durant, & in hæredes dantur.

15 Denique ex eo, quod fur perpetuò moram facere intelligatur *l.si in re furtiva in princ.§.1.D.de cond.furt.* & moræ effectus ille sit ut obligationem perpetuet, non tantum debitoris, sed ipsius hæredis, aut successoris etiam re furto subtracta amissa, vel perempta *l.si ex legatis 23.l.si servum 91.§.sequitur D. de verb.oblig.* consequens esse ait *Faber*, ut furis hæres, & si nil ad eum pervenisset nihilominus furtiva condictione in solidum teneatur.

16 Sed consequentiam hanc non rectè ex præmissis deductam constat. Nam quod fur perpetuò in mora sit, facit quidem, ut perpetuò ipse, hæredesve ejus teneantur; at ut perpetuò nedum ipse, sed & hæredes ejus in solidum teneantur non facit: quoniam quod is qui delictum admisit insolidum teneatur, justū est, dum peculiari odio dignū se fecit; at quod teneantur hæredes non ità est, nam pro eis altera juris Regula militat, quæ negat teneri ex delicto defuncti *l.1. C. ex delicto defuncti*: unde non ad aliud eos teneri dicendum est, quam quatenus ad eos pervenit; nam hoc tantum quod pervenit, sunt in mora restituendi.

Et sanè, ut dicamus, & hæredem quoque furis perpetuò moram facere in non restituēdo, rem furtivam hanc apud ipsum adesse, & cum hæreditate pervenisse, ponere oportebit siquidem nec ipse furatus fuit, nec teneri ex delicto alterius jura volunt; atqui cum id ponas jam fateris teneri hæredem, quoniam pervenit, nam ideo in mora restituendi quoniā res apud ipsum est nec restituit, ergo non aliud dicendum, si pars pervenit non solida res. Cum in mora sit hanc partem restituendi, & hinc eadem parte perempta apud hæredem, ultrò ex *l. si pro fure 7.§. ult. D. de condictione furtiva* fatemur teneri eum; sed quatenùs pervenit, dum quod pervenit perijt.

17 Sed cum hæc sint, quæ pro sua sententia afferat *Faber*, & planè futilia (ut ostendimus) investigemus nunc quæ adversus *Cujacium* opponat. Et quidèm primò cum *Cujacius* propriam sententiam fundet post *Accursium* in tex. *in l.tutor.9. §. ult. juncta l.seq. D.*

de

de tut. & rationibus distrahendis opponit ipse,quod verba illa Juris Consulti (*quamvis morte tutoris intereant*) ad furti, damni, & injuriæ actiones, quæ morte intereunt, referenda sint, non ad condictionem furtivam, quæ contrà furis defuncti hæredes, non minùs quam contrà ipsum furem viventem, competit.

18 Sed cum *Vlpianus in d. § fin. l.9.* ne dum de actione furti, damni, & injuriæ, sed de furtiva quoque condictione loquutus fuerit, cur generalis sententia, quæ ex *Paulo in l.10.* subjicitor, ad quasdam tantùm de ptius nominatis actionibus, non ad omnes restringi debeat, planè non video; quando ea sententia vera est etiam in condictione furtiva; nàm licet hæc detur quoque in hæredes furis, quia tamèn datur, quatenùs illa lucrum sentière, videtur alia à prima, & diversa cum dator; ideòque prima condictio interempta esse: nam non daretur ut prima, scilicet ad exemplum illius, nisi prima interijsset.

19 Rursus qooniam *Cujacius* argumentum pro se sumpserat ex *l. 3. §.penult. D.de peculio*, ut illud effugiat *Faber* scribit *num.* 12. diversam esse hac parte hæredis, & Patris condictionem, hęres enim furtiva cōdictione tenetur, Pater non tenetur, addit etiam, & alia his similia ex *l furtiva D. de condict. furtiva.*

20 Sed omnia hæc facillimè diluuntur, nam distinguendum est, cum de filio familias, & Patre ejus agitur, an adversus Patrem filio fure vivente, an verò illo jam mortuo agatur. Et siquidem agatur filio vivente, habere locum quæ *Paulus* respondet in cit. *l. ex furtivo 5.* nos ultrò fatemur, nam ex furtiva causa filio familias cōdici potest, quod ipsi in furto admisso à servo locum non habere *Vlpianus* responderat in *l. 4. præced.* At quoniàm hoc contingit fieri vivo fure, ut diximus, non poterit nos movere in quæstione, de qua agimus, quæ in terminis est furis defuncti, & de hæredibus ejus conveniendis; At si mortuo filio, adversus Patrem agi proponeretur, tùnc qooniàm adversus Patrem non agitur, nisi quatenùs locupletior factus sit, ideo rectè *Cujacium* ex hoc cōclusisse adversùs hæredem non agi insolidum contendimus, nam & si Pater in filij peculio non propriè, & rigorosè hæres sit, est tamèn quasi hæres *l. 3. §. 9. D. de minoribus l. 6. §. 4. D. de statu liberis*, quod satis est, ut à Patre ad hæredem possit argumentari. Cæterùm qui plura velit adversùs *Fabri* propositam objectionem de Patre in peculio non hærede filij, adeat *Linklamam* ubi supra, adeat etiam, & *Bacovium* loco citato de actionibus, & ad *Treutlerum disp. 4. Thesi 21.* nàm & *Bacovius*, & si idem cum *Fabro* in præsenti sentiat, fatetur tamèn Patris, & hæredis in proposito non esse longè diversam rationem.

21 Ulteriùs non contentus *Faber* his, quæ supra dixerat de condictione furtiva: transgreditur ad actionem rerum amotarum, & affirmat sub *num.* 15. defendi posse contrà omnes omnium Interpretum sententias, actionem rerum amotarum adversùs hæredes insolidum dari, & quædam affert, quæ attulisse postea eum pœnituit *de error. decade 78. err. 5. & decade 80. err. 1.* quanquàm, & pejora ibi attulerit, si *Bacovio* credimus ibidem, & in *disp. 5. Thesi 10. & seq. de actionib.* Sed cum de hoc nos alibi, nunc hic allata investigemus.

22 Et primò, deducit rerum amotarum actionem insolidum dari, ex eo, quod illa rerum amotarum persecutionem continet, sed hoc non id probat; nàm dum ex delicto ex actio, uti & condictio furtiva nascitur; dùm in hæredem delictum non transit, non eodem modo adversùs eum, quàm adversùs furem danda est.

23 Secundò ex eo quod *Paulus* dicat *in l. 3. §. ult. D. rerum amotarum* (*mortua filia familias, quæ mariti res amoverat, in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, nisi quatenùs ex ea re locupletior factus sit*) inferendom contendit; ergò alitèr si non in Patrem, sed in hæredem daretur.

24 Verùm hæc illatio admittenda non erit: tùm quia cum de filia familias tractaretur, quæ hæredem non habeat, non de alio quam de Patre loqui Fulcinius debuit, nàm adversùs hunc agi poterat, unde *Paulus* videns nō quia de Patre ex facto tractabatur, sed ob generalem Regulam *Fulcinium* ita loquutum adijcit (*nisi quatenùs locupletior factus est*) tùm etiam quia, ut suprà dictum est, argumentum hoc non stringit, Pater non tenetur insolidum: ergo hæres tenetur: quando diversitatem nullam inter Patrem, & hæredes invenimus in hac materia apud J. Consultos, & invenimus è contra Patrem quasi hæredem esse, & quando apertum habemus *Dioclet. & Maximil.* Rescriptum in *l. 3. §. ult. D. rerum amotarum*, in quo rotundis verbis (*De rebus, quas divortij causa quondā uxorem tuam abstulisse proponis rerum amotarū actionem contra successiores ejus non insolidum, sed quatenùs ad eos pervenit, quod res extent dominij vindicatione uti non prohiberis.*

25 Pergit *Faber*, & intrepidè ad hoc Rescriptum replicat illud communem assertionem non probare: quoniàm (*ità scribit num. 16.*) aliud est, si quis dicat hæredes non teneri rerum amotarum actione insolidum, quod falsum est: aliud verò, hæredes non teneri insolidum; Sed in quantum ad eos pervenit, hac enim posteriori loquutione illud significamus, cum plures sint hæredes ejus, qui res

V amo-

amovit, singulos insolidum non teneri, sed unumquemque pro ea dumtaxat parte, quæ ad eum pervenit: cum tamèn omnes simul insolidum teneantur, quanvis nihil ad eos pervenisse proponas.

26 At in his plures errores, quàm verba. Primò distinctio proposita, ad *Imperat.* Rescriptum, qui nèc ad hujusmodi subtilitates attendebant, adaptari non poterit: nàm in illo teneri insolidum, & teneri quatenùs pervenit opponuntur, ut & à *Juris Consultis* in libris nostris perpetuò fit. Secundò quoniàm non adeò inepti *Imp.* ut crederent, posse maritum in proposita specie prætēdere solidum ab unoquoque ex hæredibus: ideòque à quatuor, vel à qoinq; hæredibus quatruplum, vel quinqoeplum exigere, nam etiamsi insolidum omnes deberent solutione unius cæteri liberarentur. Tertiò quoniàm si ponas tres fuisse hæredes, aut quatuor, & ab unoquoq: horum dicas exigi pro ea dumtaxàt parte, quæ ad eum pervenit, petam ego cur ità? Et cur ab eo, ad quem una ex tribus partibus pervenit solidum exigi non possit? Et aliud sanè responderi non poterit quam qood ad hunc reliquæ partes non pervenère: igitur dicam ego non in solidum agitur adversùs hæredes, sed quatenùs pervenit. Quartò si ponas nil pervenisse ad hujusmodi hæredes, & adhùc velis hos omnes teneri in solidum, sequetur melioris conditionis esse hæredes, ad quos amotæ res pervenère quam hæredes ad quos nihil pervenit: nàm illi quatenùs ad eos pervenit, hi in solidum tenentur, quod planè ridiculum est: quoniam &, ut supra diximus, qui partem habet in mora est non restituendi partem illam, qui nil habet in nulla mora est. Denique etsi possit evenire, ut conventis omnibus hæredibus, & onoquoq; partē suam restituente, solidum Actor consequatur, non ideò dicemus, omnes hæredes simul in solidum teneri: nàm adhùc tenentur, quatenùs ad eos pervenit, & siquis partem non habet, non tenebitur; nam non habet quid præstet, qui verò aut duas partes, aut solidum habet, tenebitur; ideòque solidum aut duas partes restituet.

Sed quidquid sit de his: nàm & alia ad hæc replicant *Fachin. contr. lib. 9. cap. 5. Amaya ad lib. 10. Codicis tit. de Jure fisci à nu. 48.* alijque. Illud in comperto est *Vulgares Interpretes*, & *Pragmaticos* in hac quæstione de condictione furtiva, & actione rerum amotarum dandis adversus hæredes varios fuisse, & perplexos. Sed age ex illorum dictis, quæ magis communitèr recepta sunt, seligamus.

27 Primò constat apud eos, qood actiones omnes ex delictis descendentes si pœnales fuerint non dantur adversus hæredes, ut pluribus docet *Clarus in praxi crim. §. fin. qu. 51. num. 17. Gomez. Variarum tit. de delictis cap. 1. num. 95. Bursatus cons. 77. lib. 1. num. 1. & Farinac. Variar. quæst. 10. num. 56.* quod tamèn asserunt Jure Civili inspecto locum habere: nam Canonum Jure aliud est constitutum, ut in *cap. ult. de Sepulturis in cap. in literis de raptoribus in cap. tua nos de usuris*, legimus, & advertit *Glossa in cap. Parochianorum de Sepulturis Abbas, Brunus, Ananias*, & cæteri, & ex illis *Clarus* ubi supra, & Addentes ad ipsum, item *Covarr. Variarum 2. cap. 3. nu. 7. Vasquius contr. cap. 96. num. 27.* & *Fachineus contr. 9. cap. 5.* id quod eam rationem habet, quod hæredes tenentur conscientiam defuncti sui exonerare, quam Rationem Civiles legislatores, aut ignorarunt, aut attendere noluerunt. Cæterùm cum nedum diversa, sed opposita sanciant: Jus Canonicum in terris Ecclesiæ: Jus verò Civile in Cæsareis attendendum dixit *Chacher. decis. 152. nu. 6. Farinacius lib. 1. quæst. crimin. tit. de Inquisitione num. 64.* & *Capra com. conclus. Regula 57.*

30 Secundò hi, qui pœnales actiones non dandas in hæredes contendunt, limitant, ut solent propriam sententiam, nisi lis fuerit cum defuncto contestata *Duenas, Suares, Menchaca*, & alij apud *Clarum*, & nisi ex delicto defuncti aliquid ad hæredes pervenisset, quoniàm quod turpiter, & scelere quæsitum est ad compendium hæredis cedere non debet, ot ratiocinātur Nostri cum *Farinacio* ubi supra *num. 64.* & *Hermosilla, Riccardo*, & alijs cum quibus *Amaya ad sup. cit. tit. de jure fisci lib. 10. num. 47.*

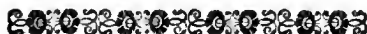
Quod si actiones quanquàm ex delictis descendant, non pœnales, sed rei persecutoriæ fuerint, & ad rem perseqoendam instiruantur, ijdem *Pragmatici*, & *Interpretes* fatentur dari posse adversus hæredes, quatenùs ad eos pervenisset, ut videre est apud Authores supra citatos.

31 Tertiò quāquàm in cōtroversia fuerit apud antiquos Interpretes, an condictio furtiva, quanquàm rei persecutionem contineat adversus hæredes in solidum, an verò pro eo, quod pervenit detur. Nam *Bartolus, Castrensis, Fulgos.* idem sentiunt quod *Faber*, & in solidum dandam scripserint: alij verò contra idem quod Nos, & *Cujacius*: attamèn *Pragmatici* ut plurimum vel hanc seqountur sententiam, vel si *Fabrianam*, eam cum temperamento illo admittunr, quatenùs vires hæreditariæ suppetant, sive inventarium hæres fecisset sive omisisset, ur notat *Clarus* ubi supra *num. 18. Neguz. Aret. Anania, Covarr. Ruinus*, alijque, cum quibus *Bossius in tit. de pœnis nu. 34.* & *Ozaschus dec. pedem. 152.* Cæterùm si plures hæredes furi defuncto fuerint, unosque eorum solvere recusaverit pro sua parte, teneri cæteros ad supplendum de bonis

hære-

hæreditatijs sibi obventis ut defuncti conscientiam exonetent, adnotavit ex *Alciato*, & *Ostiensi* idem *Clarus num.* 19.

32 Deniq; & plura etiã notaot *Pragmatici*, ut nos doceant quomodo hujusmodi pęnales actiones instituendæ sint, eorumque causas cum hæredibus prosequendę in praxi, quæ si quis nosse velit, legat *Amayam* ubi supra *n.6.* sicut, & citca sententiam io eis proferendam, *Follerium in praxi p.6. in principio num.10. Caballum cons.298. Farinac.* in sæpè *cit. quæst. num.*83. à quibus tamèn in aliquibus dissentire visum est *Crivello in dec. Dolana 6. num.8.*



CAPVT II.

Retinetur recepta lectio in l. 2. D. de Crimine Stellionatus.

SVMMARIVM.

1 *Antynomia inter duo ejusdem Vlpiani Responsa.*
2 *Cujacij emendatio.*
3 *Oppositio Fabri.*
4 *Reijcitur.*
5 *Recepta lectio retinetur.*
6 *Vulgarium Intepretum sententia.*
7 *Item Pragmaticorum.*
8 *Linklama nova sententia, sed eadem cum illa qua olim à Martino tradita.*
9 *Quamvis Crimen Stellionatus non nascatur ex contractu, si tamen in hoc admissum delictum, nascitur.*
10 *Sunt qui observant differentiam inter cognitionem Criminis Stellionatus, et Criminis extra ordinarij.*

1 IN quæstione illa an Crimen Stellionatus infamiam irroget, sibimetipsi adversatum *Vlpianum* Nonnulli credunt; nàm in *l. quod ergo §. cum autem in fine D. de his qui notantur infamia.* Respondet *Crimen Stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est judicium*, & in *l. 2. D. de Crim. Stellionatus* oppositum asserit ibi *Stellionatus judiciũ famosum quidem non est, sed coercitionẽ extraordinariam habet*, Unde ex his sũpta occasione plura Interpetres commenti sunt, ut *Vlpianum* cum seipso conciliarent; sed om-
2 nium melius *Jacobus Cujacius* id pręstitit 10. *obser. cap.* 36. Nam, & in ejus sententiam incidunt (licet ut diversa proposita) quę scripsère *Robertus 4. sent. cap. 17. Duar. 1. disp. c. 42. Pacius Enanto: 2. sub tit. de his, quo notantur infamia quæst.* 27. Monuit itaque *Cujacius* nequaquam opposita respondisse *Vlp.* quoniàm verum est Stellioo atus crimen neque publicum, neque famosum eße ex se; sed verum etiam illud infamiam irrogare, cum scilicet ut plerumqne evenit, cum crimine famoso concurrit tunc enim, & famosum Crimen Stellionatus fit.

3 Sed *Fabro* alitèr placet, & reijciendam conciliationem *Cujacij* scribit; quoniam non convenit *Vlp.* qui utroque loco indistinctè de eodem Crimine loquutus, nunc famosum,
4 nùnc verò non famosum esse dicit. Verùm enim-verò, ità ratiocinaodo imponere nobis vult *Faber*, quando apertissimè videmus *Vlpianum* in utroque responso negare Stellionatum *famosum eße*; nàm *in l. 2.* ait famosum quidem non est: io *l. quid ergo* ait, *quamvis publicum*, sive quod idem est *famosum non sit*, & licet in hac *l. quid ergo* infamiam irrogare affirmet, ità affirmat, ut publicum, & famosum non esse crimen fateatur: atque ità potiùs quod de facto evenit, quàm quod de jure futurum foret nobis ostendit: igitur non indistinctè nùnc famosum, nùnc verò non famosum Stellionatum facit, sed cum perpetuò famosum esse neget, aliquaodo infamiam irrogate docet; & hoc dum tùnc evenire, cum conenrrit cum alio Crimine, quod famosum sit, cum dixerit Cujacius; Si Faber oppositum probare voluit oportebat cum ostendere, quod nec etiam quando cum famoso concurrit, Stellionatus iofamiam irrogat, atque ità nunquam prorsus iufamiam affert, & utique tùnc antynomia re vera esset, & desperata.

5 Cum igitut nec illud *Faber* ostenderit nec antynomia talis sit, opus non erit emendationem *Fabrianam* tecipere, atque in *l. 2.* detracta negatione legere (*Stellionatus Crimen famosum quidẽ est, sed extraordin. coercit. habet*) nam nedum non necessaria hæc emendatio, Sed ea recepta contra omnium Codicum fidem, adhùc *Vlpianus* nedùm à se dictis in *d. l. quid ergo* se opponet, sed in hac eadem *l. 2.* contraria, & inconvenientia loquutus erit; nam si famosum est Crimen Stellionatus, qua de causa extraordioariam cognitionem habebit? an nõ id affirmare est juris Regulas subvertere, quæ volunt famosum judicium, adeòque publicum constituere speciem longè diversam à privato, & exrraordinario, ut in *l. 3. D. de extraord. crim.* adeòut, cum Crimen extraordinariam cognitionem habeat, jam famosum amplius non sit, oec publicum, ut rectè inter alios observavit *Bocerus in conciliatione* harum legum post tractatum suum *de Crimine læsa Majestatis*. sanè, si vel contra Juris Regulas ità receptum fuisse asseverare voluisset *Vlp.* utiq; ut solet id indicasset.

6 Cæterùm cum ad suprapositam conciliationem pluta afferant Eruditiores Neoterici, ut videre est ultrà citatos apud *Marcum Freherum de infamia cap.11.n.5. Donellū, & Osualdum Comment.18. cap.8.* aliosque; illud observandum erit quod hunc ipsum, vel paulò diversum conciliandi modum, quem *Cujacius*, attulētant jàm antè *Vulgares Interpretes, & Repetentes post Joannem* antiquum *Glossatorem, Bartolum, & Odofredum*, itemq; *Butrigarium, Albericum, Pau.de Castro, &*
7 *Fulgosium*, quibus assentiti *Pragmatici* docent Crimen Stellionatus committi posse insimul cum alijs delictis, & ex facti circumstātijs illorum naturam induere: ut videre est apud *Menochium de arbitr.lib.4.casu* 381. & ideo ex delictis, cum qoibus concurrit, pœnam Crimini Stellionatus infligendam assevetat *Farinac.in praxi crim.tit.3.q.19.nu.34. lib.1.*
8 Rursùs, & quod novitèt addidisse de suo visus est *Linklama* ad rem de qua agimus *mēbranarum 1. cap.21.* scilicet quod ad hoc, ut qui Stellionatum admisit in famiam incurrat, oporteat ut de crimine sit jàm damnatus, & antiquiores quoque exegisse cum *Bulgaro, & Martino*, notissimum est.
9 Insuper illud notatu dignum est, quod quāvis constet apud Nostros Stellionatos crimen non nasci ex contractu quando dolus in eo commissus potest civiliter purgati, ut ex *Baldo, Castrensi*, & similibus, *Farinacius* advertit ubi supra *n.36. Vlpellus cons.29.n.9. & Bertazolus cons.129.lib.1.n.3.* Adhùc si dolus admissus in contractu delictum particulare conflaret, ut puta furtum, vel usuram, aut quid simile, tùnc cum civili actione criminalis quoque concurret, adeòque, & Crimine Stellionatus agi potetit; ut scripsère *Ozasehus dec.Pedem.173.nu.17. Hondedeus cons.109.n.59.lib.1. & Farinac.loco cit.*
10 Denique, & illud quoque observandum erit, quod quamvis *Vlpianus* in hac *l.2.* pronunciet Stellionatus judicium extraordinariam habere cognitionem: plerique tamen ex *Pragmaticis*, quanquàm nec receptā mutent lectionem, nec *Fabro* consentiant, adhùc nescio quas differentias inter cognitionem criminum extraordinariorum, & cognitionem Stellionatus se invenisse putant cum *Bossio in tit. de extraordin. crimin. num.1. & Tib. Deciano in tract. crim.par.1.cap.4.n.8. & seq.*





CAPVT III.

De dissensione Cassij, & Iaboleni in quest. de qua in l.si servus 25. D. de stip. servor. & l.4. D. de diu.temp. præscript.

SVMMARIVM.

1 *Difficilis antynomia est inter citatas leges.*
2 *Sed non prorsus desperata.*
3 *Verba legum.*
4 *Conciliatio Cujacij, & Gothofredi.*
5 *Conciliatio Accursiana.*
6 *Obiectio Fabri.*
7 *Diluitur.*
8 *Potius ad emēdationem confugiendum receptæ lectionis, quam dissesio inter Jur.Consultos fatenda.*
9 *Quid Pragmatici sentiant.*
10 *Si tempus sistendi in cautionibus non fuerit præfinitum, remittitur arbitrio Judicis.*
11 *Pluribus modis data cautio de judicio sisti expirat.*
12 *Quid præstare teneatur fidejussor quircum sistere promisit.*
13 *De Regula non valenti agere non currit præscriptio.*
14 *De differentia quæ est inter hæreditatem jacentem, & vacantem.*
15 *Aliquando contra hæreditatem jacentem adhùc prescriptio currit.*

1 Fatemur, & Nos non adeò facilè, ut quidā existimant cum *Cujacio 16. obser.cap.38.* conciliati posse observatā dissensionem inter *Cassium, & Jabolenum in l.si servus 25. D.de stipulatione servorum*, & *in l.4. D.de diver. & temp.præscript.* Sed non ideò, prorsùs despe-
2 ratam tem esse, ut *Faber* contendit hic, qui contrà boni Interpretis morem laborat potiùs, ot irreconciliabilem reddat, quam, ot dissidium auferat intet J. Consultos, quod eò magis repræhensione dignum est; nam dum scimus quod & ipse *Faber. nu.2.* fatetur ejusdem sectæ, & proinde eiusdem sententiæ *Cassium, & Jabolenum* fuisse: non tam facilè credi potest, quod com in Cæteris omnibus convenerint in præsenti quæstione non adeò ardua, & difficili dissentire voluerint.
3 Itaque observandum erit, quod cum in citata *l. si servus 25.* scripsetit *Venulejus, si servus hæreditarius stipulatus fuerit, & fidejussores acceperit; posteaque adita fuerit hæreditas dubitatur, utrum ex die interpositæ stipulatio-*

lationis, tempus cedat, an ex adita hæreditate. Item si servus ejus, qui apud hostes sit fidejussores accèperit? Et Cassius existimat tempus ex eo computandum, ex quo agi cum eo potuerit, ex quo adeatur hæreditas, aut postliminio Dominus revertatur.

Item *Jabolenus in cit. l.4.* responderit, *si servus hæreditarius, aut ejus, qui in hostium potestate sit, satis acceperit continuò dies satisdationis cedere incipiet, intueri enim debet an experiundi potestas fuerit adversus eum, qui obligatus est, non an is agere poterit, qui rem in obligationem deduxerit: alioquin erit iniquissimum ex conditione actorum obligationes reorum extendi per quos nihil factum quo minùs cum his agi possit.*

4 Cum inquam ità loquuti fuerint J. Consulti, dicendum erit vel cum *Cujacio* ubi supra, & *Gothofredo* ad dictam *l. si servus* alterum ex illis de Actore, alterum vero de Reo
5 pertractasse: aut si id non placeat, probabilius dicendum erit cum *Accursio*, & *Bart. Jabolenum* loquutum fuisse de servo, qui satis acceperat judicio sisti ex causa, quam ipsemet servus in judicio deducere poterat. Cujusmodi est, ex.gt. momentanea possessio, *Cassium* verò in diversa specie respondisse.

6 Nec obstat, quod in adversum *Faber* movet *num.5.* scil. eandem prorsus speciem ab utroque Juris Consulto tractatam videri, quinimmò, & ijsdem verbis, ideòque non esse
7 locum *Accursianæ* interpretationi: Etenim si subtilitèr verba utriusque Responsi investigemus, inveniemus oppositionem non subsistere; nàm quamquam uterque J. Consultus de servo tractet, & de servo hæreditatis jacentis, aut Domini apud hostem existentis: attamen *Jabolenus*, & *Cassius* de servo loquuntur, qui stipulatus fuerat, & fidejussiones acceperat judicio sisti, atque ita non de stipulationibus conventionalibus, sed de judicialibus differunt; cum *Cassius* loquatur in stipulatione, & fidejussoribus acceptis in obligatione conventionali, & proinde ex hoc intelligimus adesse aliqua vestigia diversitatis inter utramque speciem tractatam, & ideò posse *Accursii* explicatio recipi non improbabilitèr.

8 Quod si delicatioribus adhùc ea non satisfaciat potiùs ad emendationis præsidium ut recurratur suaderem, atque librarios in transcribendo errasse dicant, quàm fateantur Juris Consultos inter se cum ejusdem essent sectæ pugnasse; atque ita vel *Goveano* assentiendum *Variorum 1. cap. 31.* aut *Hothomano 3. obser. cap. 19.* aut nostra recipienda emendatio, quam *Suspicionum libris* proposuimus.

Repetentes tamèn cum *Bartolo*, & cæteris persistunt in *Accursiana* conciliatione, & in *l. si servus 4. D. de div. & temp. præscript.* de satisdatione judiciali in *l. si servus hæreditarius 25. D. de stipulat. servorum*, actum esse de stipulatione conventionali contendunt, & ex hoc natam differentiam clamant; hinc sum-
9 pta occasione *Pragmatici* nonnulla ad usum fori de tempore sistendi in judicio adnotare solēt. Et primò, quod cū cautiones judiciales, ut plurimū de judicio sisti interponi soleāt; Cum illę interpositæ fuerint tempus sistendi à momento primo interpositionis curret, & usq: ad biennij spatium progredietur, quamvis quandoque coarctari ad tres menses, quandoque etiam ultrà biennium ampliatū possit: ut omnium primus explicavit *Azo. in summa tit. de fidejuss. & mandat. nu. 13.* à quo
10 nedum *Pragmatici*, sed & *Cujacius* acetpit *16. obser. cap. 36.* At quoniam sæpè sępiùs tempus intrà quod sisti in judicio debeat definiri per specialem conventionem cautionibus solet, si illud non fuerit definitum, in Judicis arbitrio positum, quantum illud statuere voluerit *Afflictus* docuit *in cap. 1. num. 21. vers. Item datur Judici sub tit. ex quibus causis feudum amittatur*, cui consentit *Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 54.* qui & in Judicis arbitrium posuit *casu 40.* definire spatium tēporis quod concedendum est fidejussionibus, qui uti volunt *Justinianeo* beneficio in *Aut. ut Creditores*, seu in *Novella 4.* cum reum abesse,
11 qui conveniri posset constiterit. Secundò notant quod fidejussores accepti de reo sistendo pluribus modis liberari solent, & si reum non sistant: quorum primus est, si Reus ipse, pendente dilatione data decesserit, ad quod videndi *Franc. Marcus q. 1064. par. 1. & Cravetta cons. 272. num. 10.* Secundus si Reus sistendus, fuerit à Superiore in exilium missus. Idem *Marcus q. 797.* aut adeò mutatus cōditione fuerit, ut sisti ampliùs non possit, *Menoch. cons. 246. n. 8. lib. 3.* Tertius si Reus ille qui promissus fuerat sisti in judicio pro certa causa jam pro eadem in judicis posse pervenisit adeòque fuerit carceribus mancipatus: nàm quanvis fidejussor id non procuraverit: quia tamèn sequutus est effectus promissionis, liberatus fidejussor remanebit, quod & verum erit, etiam si posteà Reus à carceribus aufugerit: nàm non tenebitur fidejussor denuò eum præsentare, *Afflict. decis. 130. Peguera in quæst. crim. cap. 47.*

Denique & cautio præstita extinguetur, si primum illud Judicium, in quo interposita fuerit, sit terminatum: nàm non teneri fidejussione, qui in eo judicio promisère, Id ipsum præstare in causa appellationis, & coràm alio Judice, communitèr concludunt Nostri cum *Franco decis. 208. Boerio, Lanfranco, Claro, Paponio* alijsque plena manu adductis à *Ciriaco contr. 285.* & si plerisque visum contra

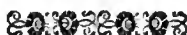
sit

sit, ex *Ursillo ad Afflictum decis.* 202. *Tesauro*, & *Gabrielio* eum quibus *Gratianus discept.* 348. *num.* 24. quorum sententia quiequid velit de *Marinis quotid.* 1. *resolut.* 138. & quicquid distinguat post alios *Luca in addit. ad Francum* posset tunc recipi, cum expressè teneri se velle fidejussor totiès quotiès visum fuerit, dixisset: aut in omnem casum vel generalitèr, & indistinctè nullo expresso Judicis, aut Curiæ nomine; aliàs nunquam in secunda instantia tenebitur, quod multò magis locum habebit si absolutio sequuta in prima instantia fuerit, & deindè secunda cæpta in alia actione à prima diversa, ut rectè advertit *Cons. Preta ad Ricum* 159. *num.* 4.

12 Cæterùm quid præstare fidejussorem oporteat, qui judicio sisti Reum promiserat; habes apud *Afflict. decis.* 234. qui in *decis.* 109. adnutaverat, quod in Regno Neapolitano is, qui bona stabilia possidet, hujusmodi fidejussores de judicio sisti dare non teoetur.

13 Rursùs ex *Javoleno* in hac *l. si servus* 25. post *Bartolum* communitèr desumitur brocardicum illod, quod adversus agere non valentem præscriptio oon eurrit: siquidem dies incipit cedere ex quo facultas agendi ioeipit, id quod etiam, ex *Aut. nisi triennale C. de bonis maternis*, & ex *l.* 1. *ad finem D. de annali excep.* probant Nostri, arque ad plura utuntur cum *Arias, Pinello in comment. ad cit. Aut. nisi triennale C. de bonis maternis num.* 42. atque ex hoc nasci dicunt, ut contra jacentem hæreditatem non currat præscriptio; quod adnotavit *Bartolus*, & post eum *Joseph Ludovicus com. conclus.* 3. qui & ad hæreditatem vacantem protrahit, quanquam maximam esse diversitatem inter jacentem, & vacantem hæreditatem vulgatum sit, ex *Capicio decis.* 87. *nu.* 6. *Menoch. de arbitr. lib.* 2. *concl.* 2. *cap.* 150. *nu.* 4.

14 Non desunt tamen quidam casus, in quibus & contrà jacentem hæreditatem currere præscriptionem Nostri voluot; ut videre est apud *Balbum de præscriptione par.* 6. & *ult. partis principalis n.* 47. *vers. vig. quintus locus* quo in loco *nu.* 50. advertit inter alios casus illum esse, in quo præscriptio ex conventione originem duxerit, fueritque præscriptio conventionalis; nàm tunc eam adversus hæreditatem jacentem quoque, currere certum est, ob conventionem, oam tempus in contractu appositum effluet etiam si jacens hæreditas fuerit, & eriam adversus pupillum, & similes *l. si prado D. de in diem adject. Balbus ubi supra num.* 30.





CAPUT IV.

Vera sententia l. imperium 3. D. de jurisdictione.

SUMMARIUM.

1 *De hac l.* 3. *fere omnes Neoterici tractant.*
2 *Mistum idem quod merum, sed cum additamento.*
3 *Reijcitur Fabri lectio.*
4 *Non idem imperium mistum, ac imperium merum.*
5 *Quid Pragmatici sentiant.*
6 *Jurisdictio alia Civilis, alia Criminalis.*
7 *Civilis jurisdictionis plures gradus.*
8 *An qui jurisdictionem habet Criminalē, prælationem habeat in venditione jurisdictionis Civilis.*
9 *An Baro qui dumtaxat habet Criminalem jurisdictionem.*
10 *De Judicis qualitate, & de Judice ordinario.*
11 *De Territorio.*
12 *Extra proprium Territorium nemo habet jurisdictionem.*
13 *Pluribus modis quis jurisdictionem habet.*
14 *Per possessionem unius ex capitibus jurisdictionis cæteri possidentur.*
15 *An concessa jurisdictione veniat territorium.*
16 *Exercitium jurisdictionis inter plures potest dividi.*

1 Cui non dictus puer Hilas? nemo Interpretum ferè est præcipuè *Neotericorum* qui de Jurisdictione, & Imperio, deque interpretatione hujus *l.* 3. *D. de Jurisd.* non tractaverit. Sed qui Meliorum nomenclaturam nosse velit, petat à *Linklama membranarum* 5. *cap.* 1. pro explicatione vero ejusdem Responsi ultra *Goveanum*, & *Baronem* adeat *Linklamam* ipsum; item, & *Bacovium ad Treutl. volum.* 1. *disput.* 2. *Thesi* 3.

Sed *Faber* noster in explicatione hujus *l.* 3. *Goveanum*, ut plurimum sequutus est, & ab eodem hic plura affert, in quibus tamèn, quędam esse non undequaque tuta nostra investigatione dignovimus.

2 Et primò, quod nedùm *Faber* ipse, sed Interpretes omnes supponunt, mistum scil. imperium constituere imperij speciem alteram, quæ opposita sit imperio mero, & ab illo prineipalitèr divisa, non satisfacit: nàm potiùs verum esse videtur, ut *Suspicionum libris* notavimus. Mixtum imperium eundem esse, ac merum; esseque merum, sed eum additamen-

mento, ob quod ex mero fit mixtum; nàm cum imperio mero inest Jurisdictio, hæc facit, ut non amplius sit merum, sed mixtum efficiatur.

3 Secundò illa verba tex. (*quod in dando bonorum possess. consistit*) dum *Faber* vult ad jurisdictionem esse referenda, nun ad imperium, ideòque scribendum (*qua in danda bonorum possessione consistit*) non rectè ratiocinari ex eo constat; quòd quamvis bonorum possessionem dare magis Jurisdictionis sit, quàm imperij: attamen observandum est, quod *Vlpianus* hic non intendebat definire, an datio bonorum possessionis imperij magis quam jurisdictionis sit: sed intendebat, quod mòx dixerat, (nempè inhærentiam jurisdictionis imperio, quæ illud mixtum facit) proposito exemplo explicare, atque indicare quomodo id fieri contingat: unde clausula, *quod in danda bonorum possessione consistit*, referenda ad illam aliam *mixtum imperium est*, *cui etiam jurisdictio* inest: quasi dixisset J. Consultus, hoc inesse jurisdictionem imperio consistet in danda bonorum possessione; nam cum is, qui merum imperium habet ad dandam bonorum possessionem se accingit tùnc non utitur illo imperio uti est mero, sed adhibendo aliqualem cognitionem, ac jurisdictionem exercendo, hoc autem cum facit, imperium, quod merum habebat, dum eo utitur cum jurisdictione, mixtum reddit.

4 Tertiò dum *Faber* sequutus communem sententiam imperium mixtum, de quo hic cum imperio non mero, de quo in *l. fin. D. de off. ejus* confundit, malè id facit; siquidèm si quis rem subtilitèr perpendat, intelliget statim, imperium non merum, de quo cit. *l. fin.* esse diversum à mixto imperio, de quo in *l. 3.* nàm illud modicam quandam coercitionem continet; istud continet jurisdictionem, quæ ei inest, alioquin si idem esse utrumque diceremus, quoniam Magistratibus Municipalibus modicam coercitionem concedimus, atque ità imperium non merum *l. magistratibus D. de jurisdict.* Eisdem imperium mixtum concederemus, atque ità jurisdictionem, quæ mixto imperio inest, cũ tamen hoc concedere illis jura nostra prohibeant. itaque ex his oportet tria ut membra constituamus atque rem dividamus ponendo in primo gradu imperium quod merum est; in secundò jurisdictionem, quæ inest imperio, & mixtum illud facit, in tertio imperium non merum, idest modicam quandam coercitionem. porrò cum hic tertius gradus opponatur primo, in quo ampla, & plena est coercitio, & gladij potestas ideò visum est per modum negationis hunc tertium gradum nominare, & appellare imperium non merum, nàm ità imperium merum, & non merum erunt opposita, mixtum verò medium.

5 Sed quanquàm hæc ità se habeant; vulgaribus tamèn *Interpretibus* alitèr rem esse explicandam visum est, ut ex eorum Commentarijs constat, quos recollectos habes in primo volum. Repetentium; sequuti ut solet à *Pragmaticis* cum *Jannitio in tract. de cit. reali lib. 1. cap. 1. Papon. ad consuet. Burgundia de jurisd. §. 2. & 3.* & *Vvesembecio cons. 95. num. 20.*

6 Ex his autem quæ tradita magis communitèrà nostris illud receptius est, quod jurisdictio in Civilem, & Criminalem dividatur atque una ab altera distincta sit, unde fiat ut causa nunc unum nunc alterũ sortiatur Forum. addunt quoque quod jurisdictionis civilis non unus, sed plures sunt gradus, quos enumerant cum *Hor. Montano contr. 21. n. 18.*

7 *vers. item in Civili*, & cum *Reg. Galeota Responso fiscali 28. & 129.* Cæterùm, & si apud hujus Regni feudatarios conjunctæ, ut plu-

8 rimum hujusmodi jurisdictiones reperiantur, & qui unam habet alteram habere soleat, receptum tamen est, quod si non ità fuerit, & alter Civilem, alter verò in feudo Criminalem habuerit, si unus jurisdictionem vendère suam velit, poterit qui habet alteram prælationem sibi esse in emendo prætendere, ut

9 tradit *Consil. de Rosa consultat. 16.* cum tamen apud Nostros ambiguum sit, an etsi Baro is propriè dicatur, qui jurisdictionem habet Civilem, ut notavit *Freccia de subfeudis lib. 2. aut. 2. num. 20.* & sequaces; possit quoq; & is qui criminalem habet jurisdictionem Baro appellari, adeòque immunitates Baronibus concessas consequi? Et sanè *Capicius de success. feudi fol. 127. col. 2. ver. jurisd. Criminalis*, & *Cancerius Variarum 3. cap. 13. num. 144.* id affirmasse videntur. Cum vulgò tamèn *Practici* repugnent, & negandum esse contendant, atque rerum judicatarum authoritate convincant.

Sed ut ea, quæ in foro frequentiora sunt, seligamus, adnotandum erit; quod ad materiam jurisdictionis, accepto hoc vocabulo, ut *Pragmatici* accipiunt, circa duo controversiæ omnes versantur: Primùm est Judicis qualitatis cognitio, an scil. Ordinarius ille, an verò Delegatus fuerit, Superior ne, an Inferior. Secundum est notitia illius spatij terræ, quæ jurisdictione armatur, quod spatium, Territorium, forensi vocabulo appellatum est; ut videre est apud *Barziũ decis. 227.*

10 Et sanè quoad Judicis qualitatem plura *Practici* solent adnotare, & illud præcipuum, quod Judicis ordinarij adeò potens cognoscendi in prima instantia potestas est, ut si inferior sit, non cesset ipsius jurisdictio per majoris præsentiam, de quo vide *Bartolum in Auth. de defensionib. civit. §. jusjurandum*, & in

& in *l.16.D.de off. prat.* quanquàm de hoc dubitent *Canonistæ in cap.8.ex.de off.deleg.* & ex *Glossa in cap.denique dist.21.*

Rursùs adeò inevitabilè esse docent Judicis ordinarij jurisdictionè, ut ab ea, & si inferioris Judicis sit, ad Superiorem, rectà viâ progrediendo, effugere quis nō possit; ideòq; primo coram Judice ordinario experiri, deinde ad superiorem provocare Actorem volunt, nisi tamèn conventio, aut renunciatio aliud exposceret; de quo *Mising. obser. 88.cent. 1.* Regula enim est, unumquemque coram suo ordinario Judice primum conveniendum esse, quanquàm & hæc Regula suas habeat exceptiones, de quibus *Glossa*, & *Canonistæ* adducti *à Magon. decis.Flor. 60.*

11 Sed quoad Territorium attinet, quamvis sint qui affirment jurisdictionem nonnullos habere, licèt territorium non habeant quod *Barzius* asseruit *decis.227. num.2.* attamèn communitèr dici solet, quod jurisdictio territorio inest, ibique individua ab eo manet; adeò, ut tota in toto sit, & tota in qualibet ipsius territorij parte *Hartam.in cap.fin.tit.de Judicis lib.2.*

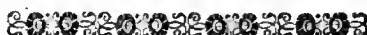
12 Et hinc primò Regulam statuunt, quod Judex extra suum territorium nullum Imperium, nullamve habet jurisdictionem, sed tanquam privatus se gerere debet, de quo *Rebuff.ad Const.Reg. tom.2.tract. de literis requisitorijs.* Cùm tamèn hanc Regulam, postea ut solent, limitent in plerisque casibus, præcipuè si Judex loci consentiat, & litigantes. vide *Romanum singul. 50. Hippol. singul. 203.* nàm extrà hos casus puniendum eū affirmant, qui etsi alibi jurisdictionem habeat, exerceat tamèn illam in territorio non suo *Franc.Marcus quæst.427.& seq.* quid autem in Regno Neapolitano obtineat Regiæ Sanctiones docent sub tit. *de jurisdict. ad invicem non turbanda*, & *Rovitus in comment. ad ipsas.* Secundò deducunt ex supradictis, quod ne citatio quidem exequi potest extrà territorium Judicis eam fieri jubentis *Bellamera concl.649.Franc.Marcus q. 401.* aliave his similia, de quibus *Practici* passim.

13 Sed quatuor modis posse quemlibet in territorio suo jurisdictionem habere, adnotandū est post *Bartolum cons.189. vol.1.* & probari eos modos ex usu, & consuetudine probata adnotat *Natta cons. 673.* Cæterùm qui consuetudine opus non esse volunt apud Nostros quivè vel per unum actum jurisdictionis possessionem probari posse contendunt *Abbatem cons.71. par.2. & cons.61. par.1.* sequuntur *sed videndus citatus Natta cons. 636.*

14 Quod si jurisdictionis plura forent capita, & circa diversa, adhùc qui eā habet si in uno utitur jurisdictione, retinere eam, & possidere in cæteris videbitur. *Guidon Papa qu.631. num. 12. Boerius decis.227. num.4. Cappella Tholos.q.324.*

15 Insuper eum territorium sit quædam universitas agrorum cujusque Civitatis, ita dicta quod Magistratus ejus loci intrà illius fines terrendi, & submovendi jus habent *l. pupillus 239.§.penult. D.de verborum significat.* quæri solet, si quis redditum certum vendidisset cū jurisdictione, an & territorium quoque vendidisse credendum sit, & negat *Boerius cit. decis.227.* quem alij sequuntur.

16 Denique & si communis illa pluribus fiat, quando exerceri debet, adhùc individuam jurisdictionem manere *Practici* exclamant; quoniam non jurisdictio ipsa, sed exercitium dividitur, ut docet *Bartolus in l.inter 32.num.7. D.de admin. & peric.tutorum, & cons. 189. num. 1. Boerius decis. 5. Peguera c.10.* quod si aliquis ex socijs recusaverit administrare, aut alium administrare vetaverit, quid agendum notat *Beorns quæst.111.*



CAPVT V.

Defenditur lectio l. 3. §. penult. D. de minoribus.

SVMMARIVM.

1 *Emendatio Fabri.*
2 *Retinetur Recepta lectio.*
3 *Probatur recepta lectio ex contextu.*
4 *Vlpianus admodum verbosus efficeretur admissa Fabri emendatione.*
5 *Item oporteret, & sequentia verba dispungere.*
6 *Refellitur Fabri ponderatio ex verbis, quasi hæres.*
7 *Item in illis, quasi in proprio patrimonio captus.*
8 *Quid Vulgares Repetentes dixerint, & Pragmatici.*
9 *De Minore insimul cum Majore rem possidente.*
10 *Beneficium restitutionis cedi potest.*
11 *Restitutiones sive beneficia Minoribus concessa prosunt Majoribus.*
12 *Minor restituitur adversus sententiam inter alios latam.*
13 *At non mulier.*
14 *Quid de contractu.*
15 *Restitutionis beneficium transfertur etiam ad extraneos hæredes.*
16 *Hujusmodi restitutiones denegari: aut earum tempus restringi à Judice poterit.*

1 Quòd

1 QUòd scribit ex *Pomponio Vlpianus in l.3.§.penult.D.de minoribus (ex his causis, in quibus in re peculiari filij familias restituuntur posse,& patrem quasi hæredem nomine filij post obitum ejus impetrare cognitionem*; Apertè falsum esse contendit hic *Faber*, ideòque dispungenda ex textu verba illa (*post obitum ejus*) concludit sub *num*.5.

2 Sed è contra pro recepta lectione tuenda, pro qua libri omnes etiam *Græcorum*, ut in *Basilicis lib.10.tit.4.cap.3.§.9.* sequentia perpendi possunt.

Primò quòd quamvis visum fuerit *Cajo* in *l.Patris 27.D.de Minoribus*,quod possit Pater filij nomine restitutionem impetrare, & si filius abnuat; id tamen displicuit *Vlpiano*, aut saltem non adeù indistinctè placuit, quùd & *Accursius* animadvertisse videtur;dum *Vlpianum Cajo* opponit, tanquàm in contrarium Respondentem.

3 Hinc in §.*sed utrum* 4. ponit in quæstionem *Vlpianus* an Patribus familias solùm, an verò filijs etiam familias succurri debeat, & movere dubitationem ait; quòd si quis dixerit etiã filijs familias in re peculiari succurrendum, efficiet,ut per eos majoribus quoq; idest Patribus suis subveniatur, cũ nequaquã hujusmodi fuerit Pretoris propositum? Respõdet verù ipse Juris Consultus, filium familias minorem restitui posse,sed ex solis illis causis, quæ sua intersunt, & hoc pluribus propositis exemplis explicat: In quibus tamen omnibus semper indicat filium restitutionem habere,non Patrem; & Patris personam, veluti majoris potiùs impedimento esse, & facere, ne simpliciter, & indistinctè minor filius familias restituatur.

Hanc verò doctrinam retinet constantissimè idem *Vlpianus*; adeò ut si filium sine Patris jussu contraxisse proponeretur, & captus deindè in bello fuisset si deindè conveniatur, Respondet restituendum eum esse non patrem. Ergo cum ità sit si quis admittet quod vult *Faber*, & dispungat vocem (*post obitum*) ex abrupto eundem *Vlpianum in §. Pomponius* faciet concludere quod possit Pater quasi hæres, idest quasi Dominus impetrare filij nomine cogoitionem, atque ità faciet sibimetipsi, & his, quæ paulò antè dixerat adversari, nulla tamen adducta nova tatione, qua moveatur, ut ab eo quod paulò ante dixerat, recedat. Porrò admodùm otiosum, & verbosum redderet eũdem *Vlpia-*
4 *num*, qui ad quæstionem propositam, utrum filijs familias minoribus succurrendum foret, tot fecerit distinctiones, & circa Patris personã tot pensitaret,& adverteret,quando simpliciter affirmando Respondere potuisset; quod tandem conclusit, scilicet posse patres quasi dominos restitutionem impetrare.

5 Item si à textu dispunges citata verba (*post obitum*) opus erit & dispungere sequentia illa, *quasi heredem*,nisi viventem filium habere
6 hæredem velimus; Nec *Fabri* ponderatio illa sub *num.6.* quod cum hæres hic Dominum significet; patrem quasi hæredem impetrare, non aliud sit quam Patrem quasi Dominum impetrare recipiẽda est; siquidè quicquid sic in alijs libris, certè hæredem pro Domino positum nunquàm in *Juris Consultorum* Responsis, quæ in Pandectis extant, invenies: Et quamquam *Justinianus* retulerit in §. *ultimo inst. de hæredum qualitate, & differentia* veteres,hæredes pro Dominis scripsisse; retulit tamèn hoc Veteres admisisse, scil. *Festos*, & *Plautos*. Aut ex prudentibus fortè *Masurios*, & *Capitones*, non autem inferioris ævi Jusis Consultos ex quibus libri nostri compilari, nam hi quoniam magis distinctè, & dilucidè de Jure Respondebant, & quoniam de hæredibus, & dominis distinctis in locis egerunt, nunquàm hæredem pro Domino, ut confusionem vetarent, posuère. Hinc in *l. de hæred.19.§.Pater D.de Castrensi peculio*, in illis verbis (*si ut hæres,vivo filio. vindictam servo imposuit*) nnn *hæres*, sed *herus* legendum esse Viri doctissimi monuerunt: ad quorum normam foret §.*penultimus hujus legis* 3.emendandus, scribendumque in eo (*sed quasi herum*) quod tamen contra omnium Codicum fidem nec facere ausus est *Faber*. Cæterùm vel illud convincit, quod in hoc nostro §. de Patre tractetur post filij mortem succursum impetrante,quoniam quasi hæres Pater denominatur, si quidem certum est quod semper quando filio Pater succedit, peculium Jure Patris occupans,quasi hæres succedit, & quasi hæres à Juris Consultis appellatur, ut videre est in *l.filius familias 18.D ad l.falcidiam.*

7 Denique nec *Fabri* conjecturam juvant. Sequentia illa (*restituendus erit quasi in proprio patrimonio captus*) nàm non ad immediatè antecedentia,sed ad ea, quæ in principio §. proposuerat Juris Consultus referenda esse contextus innoit. Dixerat nanque ibi *Vlpianus*, tunc demùm filijs familias succurri, cum eorum interest, & videndum an eorum potiùs, quàm Patrum intersit; Pergit posteà, & varijs casibus propositis exempla profert, deindè ad versic. *Si autem* movet denuò, eadem quæ dixerat, dicens: tùnc locum habere, cum filius familias Castrense peculium non habet, ideòque de adventitio, vel profectitio agitur; & concludit quod si de peculio Castrensi ageretur non esset dubitandum; Cujus intersit (scilicet Patris an alij) nàm in eo peculio filius restituitur, tanquàm in proprio patrimonio captus.

8 Sed quamvis hæc *Faber*, à nubis jam refutata: duo tamèn sunt, quæ Veteres Interpre-

tes post *Bartolum*, & *Baldum*, & ex hac *l.3. D. de minoribus* elicere solent. Quorum primus est, quod Patri post obitum filij tanquàm successori Restitutio competit. Secundus est, quòd filius familias minor ad instar Patris familias minoris restitutionem habebit, & in hæredem transferet, & utrumque notat *Sforcia Oddo in tract. de restit. par. 1. quæst. 31. art. 10. & Mauric. de restitutionib. c. 231.*

9 Sed ulterius progressi qui in foro sunt ad id, quod dicitur *in §. sed utrum* scil. quod Prętori nequaquam fuit propositum ex persona minorum subveniendi majoribus, adnotant. Primò, quòd si minor insimul cum majore possideat, & indivisim teneant, & hypothecaria actione fuerint super re possessa côventi non obstante nostri textus sententia, restitutio à minore impetrata juvabit quoque majorem, ut scotijt *Afflictus* in *Constitut. Regni Neapolitani obscuritatem num. 22.* unde statuunt, quòd quotiès de juvando majori per restitutionem minoris agitur, videndum erit, an simus in negotijs dividuis, an verò in individuis; nàm in his secundis affirmandum erit, in primis negandum juvari posse *Afflictus decis. 213. Anna singul. 73. Muscatellus in praxi par. 6. Glossa in integrum nu. 8. Oddus de restitut. qu. 46. art. 4.* alijque adducti à *Riccio*

10 *collect. 639.* & ab *Alphano collect. 358.* Undè sunt qui & restitutionem minori competentem ab ipso posse alteri cedi contendant cum *Guidone Papa quæst. 14. adducta l. si minoris 25. D. de adm. & periculo tutorum.*

11 Secundò adnotant, quòd restitutiones illæ, quæ in probationibus faciendis apud nos, minoribus, alijsque privilegiatis personis conceduntur, & beneficia vocantur cum concessæ fuerint; omnibus, idest etiam majoribus litis Consortibus etsi non privilegiatis proderunt, ut ex *Afflicto decis. 210. n. 6.* ut passim in praxi receptum est.

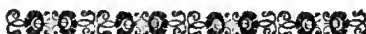
12 Tertiò adnotant, quòd si sententia lata fuerit inter alios, & res sit inter alios acta, si tamèn illa minorem tangat, adeòque minoris intersit, concedenda erit minori re-

13 stitutio *l. unica*, ubi *Doctores C. si adversùs rem judicatam*, quamvis id mulieri denegaretur, ut ex *Franco decis. 283. num. 3.* & alijs transcripsit *Torus in Compen. decisionum par. 2. in ver. restit. in integrum adversùs sententiam.*

14 An autem hoc ipsum quòd de sententia dictum est, possit de contractu diei, & an si contractus inter alios celebratus minori prejudicium inferat, possit minor adversus illum petere restitutionem *Grammaticus* docet *decis. 162.* Ex quo *Rovitus in comment. ad pragm. primam sub tit. de minoribus num. 18.* ubi refert negativè decisum, cum tamèn ipse in contraria sententia remanere videatur.

15 Denique notant, quòd quæ hic dicta sunt de Patre, qui uti filij hæres poterit restitutionem impetrare ad hæredes omnes etiam extraneos, & minores protrahendum est; atque ita volunt communitèr cum *Romano singul. 99.*

Cæterùm hujusmodi minorum restitutiones in perniciem potiùs litigantium, & in litium protractionem quotidiè peti queruntur Practici; ideòq; aut submovere, aut ut infrà dies tot petantur posse Judicem definire *Scaglionus* adnotat *in suo ordine Judiciario in rubr. introductio causæ, & Torus in compendio decis. par. 1. in ver. minor, seù pupillus.*



CAPUT VI.

Ad l. si fundus 23. D. ad legem falcidiam.

SUMMARIUM.

1 *Scevola Responsum in l. si fundus ejusve partitio.*
2 *Explicatur prima species tractata.*
3 *Recipitur Goveani emendatio.*
4 *Objectio Fabri pro lectione recepta.*
5 *Responsio.*
6 *De secunda specie.*
7 *Tertia species.*
8 *Expositio Fabri.*
9 *Rejicitur.*
10 *Vera explicatio affertur, & recipitur emendatio.*
11 *De quarta specie.*
12 *Veterum, & Pragmaticorum sententia.*
13 *Aliud in legato ususfructus, & alimentorum quam in legato via.*
14 *Tunc detrahitur falcidia cum à testatore non fuerit prohibita quod multis modis fit.*
15 *Falcidia tunc detrahitur cum fuerit factum inventarium.*
16 *Limita in Ecclesia, & Fisco.*

1 Responsum *Scevola*, quod extat in *l. si fundus 23. D. ad legem falcidiam* de fundo, & via legatis, & de falcidia detrahēda, quatuor species facti constituit, & decidit: Prima his verbis: *Si fundus mihi legetur, & via, in Falcidia ratione si tantùm fit in via, quantùm ampliùs est in falcidia, integer fundus capietur, & via perit.* Secunda species, *sed si via legetur, nec solvendo sit hereditas, non debebitur.* Tertia *si fundo, & via legato minùs ex utroque desideret (falcidia) quam sit via pretium. Potest coacta ratione diei, non*

tan-

*tantum fundum solidum capi, sed etiam ut doli
exceptio tantùm sarciat, quantum deest, ne
plus habeat, quam Falcidia desiderat.* Quar-
ta denique *ut tunc solùm via intercidet, quo-
tiens plus falcidia desiderat, quam est via pre-
tium.*

2 Igitur quoad primam speciem propositam
attinet, si fundus alicui legetur, & via, atque
falcidia, quæ ex legato hoc detrahenda est
tanti sit, quanti via valet, viam ipsam ad
fundum hæres retinebit, solidumque fun-
dum, detracta via legatario præstabit: quod
faciet ut cum legatarius ea via uti volet, pre-
tium ipsius solvere hæredi teneatur. Hoc au-
tem cum ità sit, via certè non perit: nàm &
legatariũ juvat, nam retinendo illam hæres,
pro falcidia, solidum fundum consequitur,
& juvat hæredem, à quo tandèm pretio solu-
3 to, eam legatarius empturus est: & hinc non
malè *Goveanus* receptam lectionem emen-
dat, legitque: *Nec via perit.*

4 Neque obstant quæ *Faber* movet hic *nu.* 5.
adversus tàm probabilem emendationem,
scil. quod etiam non adjuncta negatione,
recepta lectio bonum sensum habebit, quo-
niam dicere possumus perire viam eo, quod
via nullatenùs præstatur, & falcidiæ Jure to-
5 ta penès hæredem remanet; nàm Responde-
tur, quod ut suprà diximus ex eo, quòd & si
non præstatur via, remaneatque penès
hæredem, attamèn (ut ipsemet *Faber* fate-
tur) inutile legatum dici non potest, ex quo
legatarius commodum illud sentit, ut inte-
grum fundum sine falcidiæ diminutione cõ-
sequatur, sequitur ut non rectè scriptum sit:
& via perit. Siquidem, quod aliquo modo
utile est nunquàm id perire asseverasset sim-
plicitèr, & absolutè J. Consultus: unde om-
ninò recepta lectio mutanda, & vel *Goveani*
emendationi acquiescendum, vel aliam ex-
cogitandam, ut nos fecimus *Suspicionum*
libris.

6 Secunda species quæ de legato est viæ ad
fundum facilior est; quoniam si hæreditas sol-
vendo non sit, scil. si detrahi falcidiam ex le-
gato oportebit; quoniàm non potest via par-
tim retineri Jure quartæ, partim verò præ-
stari: legatum inutile fieri dicendum erit, un-
de rectè viam non deberi pronunciat *Sce-
vola.*

7 In tertia specie agitur de via, & fundo lega-
tis, & de via, cujus valur, id quod pro falcidia
retinere posset hæres, excederet. Et ait *Sce-
vola* nedùm à legatario fundum solidum ca-
pi: sed etiam ne plùs habeat hæres, quàm lex
falcidia desiderat, doli exceptio tantum sar-
8 ciet, quantum deest. Id autem *Faber* sub
n. 6. ita explicat: ut si in Falcidia minùs sit quã
in via, falcidiæ ratio sic ponatur, ut viam qui-
dèm hæres retineat; sed tamèn per doli ex-
ceptionem tantùm legatario faciat, quantum
ei deest, nè contra testatoris voluntatem
9 plùs consequatur ipse hæres, quàm lex falci-
dia desiderat: sic ille, sed meo judicio minùs
rectè; quoniàm si ità falcidiæ rationem po-
nas, ut velis hæredem viam retinere, in hoc
casu doli exceptioné adversus petentem ha-
biturus est hæres idé, nàm qui retinet excipit.
atqui hæres quomodo excipiet de dolo ad-
versus legatarium si ipse plus quam per falci-
diam ei debebatur consequutus fuit? igitur
nequaquam dicendum quod hæres exceptio-
nem habeat, quid ergo illam habere legata-
rium dicemus qua hæredem excludat; nisi
sarciat quod plus est in via quam falcidiæ ra-
tio? patiatur ità sanè; sed non hæres ut
Faber, sed legatarius viam retineat oporte-
bit; nam ita non petitoris partes substinebit,
sed possessoris. Fundum itaque & viam le-
gatarius capiet, sed cum ab eo via Jure falci-
diæ vindicatur is doli exceptionem habebit,
ad hoc ut quod plùs est in valore ipsius viæ,
quam falcidia desiderat ab hærede vindican-
te consequatur. sanè cũ non alitèr nos pos-
se explicare *Scevolam* apertum sit, si cui
verba illius, hæc quæ dicta sunt non satis
exprimere videantur, poterit illa sic le-
10 gere *non tantum fundum solidum capi, sed &
viam ut doli exceptio tantum sarciat, &c.* ad-
missa ingeniosa *Jacobi Lecty* emendatione,
quam *Dion. Gothofredus* in notis attulit. Nã
quis non verisimile putaverit quod aut
temporis injuria, aut librariorum incuria una
lit. V. omissa fuerit, & quis non videt, &
quantum contextus ipse hanc emendatio-
nem exposcat qui alioquin admodùm abru-
ptus, & concisus.

11 Quarta tandèm species de eo est, qui lega-
vit fundum, & viam: at viæ valor non suffi-
cit ad falcidiam, in hac enim quia & de fun-
do legato detrahi jure quartæ ab hærede
oportebit, legatum viæ intercidet, & pror-
sùs inutile fiet; nàm legatarium non juvat
ad falcidiam in fundo vitandam.

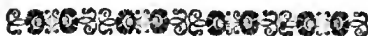
12 Sed quæ hic dicta sunt de falcidia detrahẽ-
da, ansam dedère Interpretibus adnotandi
post *Bartolum* ad hanc *l.* & ad *l.* 1. §. *is qui D.
ad Trebell.* quod ne legatum pereat, cogetur
hæres rem unam pro alia defalcare, quod as-
sumptum revera *Scevola* hic comprobat;
dùm quotiès valor viæ, quantum falcidia de-
siderat æquat, aut superat integrum fundum
præstandum ab eoque falcidiæ causa nil di-
minuendum Respondet, alias vero & Regula
est, quòd falcidia in una re possit retineri, ut
desumitur ex *l. Marcellus* §. *res D. ad l. falci-
diam.*

13 Sed non sicut in secunda specie hujus *legis*
de via legata à qua falcidia detrahenda, di-
ctum est evenire Nostri volunt quotiès insuf-

fructus aut alimenta ad alicujus vitam legati fuerint;nàm æstimatione facta ad quam quãtitatem ususfructus legatus, aut alimenta legata possint ascendere, ex ea summa falcidia deducetur, ut notavit *Bartolus singul.* 95. & in legato ususfructus omnium bonorum admisère *Gaillus obser.*143.*nn.*5. *lib.*2. *Natta cons.*297. *num.*6. alijque, cum quibus *Hieronymus de Monte quæst.*2.

14 Denique & ad Falcidiæ tractatum pertinere adnotandum est,duo illa Vulgata nonminùs quam tecspta; Primum tunc de falcidia detrahenda hæredem tractare posse, cum aut à testatore non fuerit ea prohibita; prohiberi enim posse pro certo habent, sivè si apertè testator id faciat, *Gaillus obser.* 138. *num.*17.*Cravetta cons.*174. *Julius Clarus in* §. *testamentum quæst.*73. *Mantica de conject. ult. volum. lib.*9. *tit.*13. *& Menochius cons.*134. sivè si in consequentiam, mandando hæredi, ut integra lègata solvat, *Cranetta*, ubi suprà, & *Menochius cons.* 374. *lib.*4. vel alienari prohibendo quæ relinquit *Natta cons.*238. *num.*2. aut alio quocunque modo id velle, ostendendo, ut explicant *Nostri* post *Glossam in* §. *fin. Aut. ut sponsalitia largitas*.

15 Secundum eatenùs falcidiæ petitioni locum esse, quatenùs constiterit hæredem solemne, & fidele ioventarium fecisse,alioquin eo non facto, aut dolosè in eo faciendo versato, locus falcidiæ detractioni non erit. *Ozaschus decis.*147. *Robuffus in comment. tomo* 2. *tract. de benef. Glossa* 4. *num.*2. *Cassaneus ad Consuet. Burg. tit. des, dreict: rubr.*4. §. 21. *Glossa* 2. *num.* 5. *Gaillus obser.* 138. nisi tamen hæres qui inventarium non confecit, Ecclesia fuerit *Francus decis.*536.*nu.*30. aut Fiscus *Matesilanus singul.*156. *in addit. Guidon Papa decis.*571. ex quo *Riccius collect.* 21. quamquam non sicut falcidiam, amittere quòque legitimam filium qui inventarium non confecit magis communitèr receptum sit ut noster *Faber in Cod. de iure delib. defin.* 23 decidit, & ex *Grasso Marescotto Merli. & Cons. Rocco* alijsque *Luca* ad *Francum* ubi suprà adnotavit quicquid *à Surdo* dictum fuerit *dec.* 316. *& Cyriaco controv.* 5. *num.*102.



CAPVT VII.

Agitur de Pauli Responso in l. actio 47. D. de neg. gestis.

SVMMARIVM.

1 *Fabri explicatio de ordinarijs, & extraordinarijs judicijs.*
2 *Quæ in hujusmodi explicatione notanda.*
3 *Objectio Fabri adversus hanc l. actio 41. de Negotijs gestis.*
4 *Responsio.*
5 *De actione negotiorum gestorum deque ejus natura extraordinaria.*
6 *Quid alij velint in hac re, & præsertim Cujacius.*
7 *Sed de eorum sententia dubitatur.*
8 *Obijcitur Fabro.*
9 *Interpretibus, & Pragmaticis ad hanc l. adnotata.*
10 *Negotiorum gestorum tenetur is in cujus utilitatem cessit negotium gestum.*
11 *Sufficit quod à principio negotium gestum, utiliter gestum fuerit.*
12 *Qui administrat tenetur in loco administrationis rationem reddere.*
13 *Plura observanda sunt in reddendis rationibus administrationis.*

1 ORdinaria Judicia scribit *Faber* hoc capite ea dicta fuisse apud Romanos, quæ juxta ordinarium ritum, & apud Judices datos, non apud Magistratus, qui non cognoscebant, nec judicabant, sed Judices illos præscripta formula dabant, exercebantur. Extraordinaria verò, eaque admodùm per pauca fuisse illa, in quibus (nulla formula sibimetipsis præscripta) ipsi Magistratus per sè expediebantur, undè hæc majori favore, & privilegio digna existimata.

Sed quamquã hæc differẽtia inter ordinaria, & extraordinaria Judicia multo diligẽtius à *Neotericis* alijs, præcipuè ab *Hermanno Vltejo Scholast. discept. cap.*1. Et in *Comment. ad inst. tit. de act. num.*36. explicata fuerit, in his
2 tameo à *Fabro traditis*, Observandum erit, nõ benè asseveratum fuisse, quod judicia ordinaria nunquàm per Magistratus, semper per datos Juðices exercebantur: quandoquidem constat quod solebant, & Magistratus quoq; judicare aliquando; nàm in eorum arbitrio id positum erat, & proindè poterant vel per se cognoscere, vel Judicem præscripta formula dare. Insupèr & illud quoque observandum, quod antequàm formularum scrupulosa conceptio à *Constantino*, & judiciorum impetratio à *Theodosio*, & *Valentiniano* abrogaretur; vetitum erat Magistratibus Judices dare, nisi vel multitudine causarum, vel alia justa Ratione impediti fuissent, jussumque fuerat eos de per se notionem interponere, ut in *l.* 2. *C. de pedan. Judicibus*.

3 Pergit *Faber*, & ait, neque excusari, neque explicari posse quod ex *Paulo* scriptum extat in *l. actio* 47. *D. de neg. gestis* (ibi) *quia in extraordinarijs Judicijs, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est*) etenim cum negotiorum gestorum judi-

judicium ordinarium fuerit, non extraordinarium, quod ex eo patet, quia Prætor de ipso non cognoscebat, unde in edicto, quod proposuit in *l.3.in principio de neg.gestis* judicium se daturum pollicebatur, ex hac sequitur, rationem illam, quia in extraordinarijs judicijs conceptio formularũ non observatur ineptè in proposita specie assignatã, & ineptissimè à *Triboniano* ad *Pauli* contextum adtextam fuisse.

4 Verùm enimverò *Fabriana* ratiocinatio frivola est, & nihil de *Tribonianea* additione convincit; etenim primò ex eo, quòd Prætor in edicto de neg. gestis se judicium daturum scripserit, non ideò sequitur judicium negotiorum gestorum esse ordinarium, nam convincitur ex verbis, & formulis aliorum edictorum congestis ab eruditissimo *Brissonio lib.3.de formulis, & sollemnibus Populi Romani verbis*. Quòd promiscuè hoc loquendi modo Prætor utebatur. *Judicium dabo*, quò non pollicebat se Judicem, sed se actionem daturum, & agendi, atque experiundi potestatem facturum: id quod tum si ordinaria, tum si judicia extraordinaria fuissent, promittebat ijsdem verbis.

5 Deindè cum constet negotiorum gestorum actionem veluti subsidiariam esse, & proponi eam, & ad varia negotia à Prætore ut æquitas suadebat accommodari *l. at quia* 19. *§.si libero l. ex duobus* 27. *l.fidejussor* 32. *l. ult. D.de neg. gestis l. is qui* 13. *D. commodati*: ex hoc sequitur non potuisse eam ad certam, sollemnemque formulam adstringi, adeòque rudem, & generalem hanc habuisse, ut æquè ad varios casus accomodari posset, quod rectè *Bacovius* adnotavit ad *Treutlerum volum.1.disputat.*10. *Thesi* 5.*lit.A.* & sequitur optimè rationem illam, & à *Paulo* subiectam *quia in extraordinarijs Judicijs, ubi conceptio formularum non observatur hæc subtilitas supervacua est*; nàm & si de negotijs gestis Judex datus potiùs quàm Magistratus cognoscebat, quia tamen non astrictus certa, & superstitiosa formula id faciebat; sed ad instar judiciorum extraordinariorum, potuit in hoc sẽsu, extraordinarium judiciũ appellari quod negotiorum gestorum erat, & commodè à Paulo tale dici, habito respectu, quod cum in omnibus similibus judicijs formula præscribi soleret, ne quis, ut ait *Cicero* pro *Roscio Comœdo*, aut in genere injuriæ, aut in genere actionis errare posset; siquidem ut *lib. 2. de invent.* testatur, erat Jure Civili constitutum, ut caderet à causa is, qui non quemadmodũ oportebat egerit, quoderiã *Quintilianus lib.3.cap.*8. alijque boni Autores fatentur. In judicio tamen negotiorum gestorum id non servabatur, & aliquid extraordinariè admissum veniebat; dum non præscripta formula agi permittebatur.

6 Scio ego fuisse quosdam ex Juris nostri Interpretibus, & inter hos magnum *Jacobum Cujacium* 15.*obser.cap.*21. & *Treutlerum* loco suprà citato, qui rem alitèr explicaverint, & jàm Pauli, aliorumque Juris Consultorum tẽporibus magna ex parte in dissuetudinem abijsse formulas apud priscos usitatas nedùm ex hoc loco, sed ex *l.quamvis §.si mulier D.ad Vell.* & ex *l.1.D.si mensor falsum modum dixerit* probari contendunt.

7 Verum quidquid sit de alijs Juris nostri locis certè ex hoc Pauli in nostra *l.* 47. nequaquam quod viri doctissimi asserunt probari poterit; siquidem si jam Paulus sublatas formulas vidisset, ideòque non curandum de illis in actione negotiorum gestorum, & utili, an directa quis egerit sentijsset cur non generalitèr dixit, *quia in Judicijs, dum jam conceptio formularum non observatur*, aut, *quia jam hodie de formularum conceptione non curamus, &c.*

8 Hoc autem ipsum quod modo diximus, & adversus Fabrum concludet etiam; nàm si *Tribonianus* clausulam illam apposuisset, quam *Faber* exagitat, scripsisset utique non ita distinctè, *quia in extraordinarijs judicijs*, sed generalitèr, *quia in judicijs, quæ hodie omnia extraordinaria sunt*, aut modo simili; nec adeò oculatè meminißet de distinctione inter judicia ordinaria, & extraordinaria, nec ex antiquis legibus eruditè selegisset: quando talis ætate, qui *Fabriano* judicio non recordaretur negotiorum gestorum judicium per Judices datos expediti, non autem per Magistratus Populi Romani.

9 Sed hanc actionem negotiorum gestorum competere, sive utilem, sive directam cuicunq; interesse habẽti, adnotant ex hoc tex. *Bartolus, Baldus, Fulgos.* & Repetentes plerique qui & plura ad hoc habent pertinentia post *Riminaldum in §.item, in inst. per quas personas nobis acquiritur num.* 80. *Pragmatici* verò avidissimè ex hoc loco, & ex *l. Celsus §. sequitur D. de verborum obligat.* arripiunt ansam disputandi adversus veram, solidamque Jurisprudentiam, quam subtilitatum inaniũ congeriem, & verborũ aucupium appellandã dicunt; Licet ex eorum numero non desint, qui subtilitates quandoque admittendas existiment, cum Canonistis, præsertim *Geminiano in cap.præfatus de sent. & re judicata num.*4. & *Menochio cons.*415.*num.*8.& 9.*volum.*5.

10 Illud verò, quod ait *Paulus* in hac *l.actio* 47.quod hæc actio illis detur, quorum interest, sic explicant Qui in Foro sunt, ut velint competere negotiorum gestorum actionem nedùm adversùs eum, cujus negotium utilitèr actor gessit *Rota Genuensis decis.*75. & 154.Sed etiam si non illius, quem convenit

nit contemplatione, sed alterius negotium gessisset; verùm in ejus quem convenit utilitatem tandem cessisset, quanquàm in hoc casu non absolutè, sed quatenùs factus fuerit locupletior teneri conventum volunt cum *Capicio decis.* 180. & *Rota Gennensi decis.* 41. 154. & 172.

11 Sed duo in hac materia ut singularia adnotari solent. Primum, quòd sufficiat si quod gestum est à principio utilitèr gestum fuerit licet tandem effectû nô habuerit, sed habuerit cõtrarium, ex doctrina *Capicij* ubi suprà *n.* 5. &

12 *Gerardi singul.* 14. *num.* 4. Secundum quòd is, qui negotia alterius gerit, illud dumtaxàt quod impendit, recuperat non ampliùs *Guidon Papa quæst.* 68. quinimmò ne omne quidem, sed id solum, quod necessariò expendendum fuerat, non item quòd voluntariè expensum est *Bart. singul.* 73.

13 Denique negotiorum gestorum teneri vice versa nemo est ex Nostris, qui dubitet, qui administraverit; sed conveniri debere in loco

14 administrationis docuit *Rota Gennensis* 161. quæ & in reddendis rationibus plura observanda adnotavit in *decis.* 104. *par.* 1.



CAPVT VIII.

Defenditur tex. in l. ubi purè 19. §. 1. D. ad S. Conf. Trebell. & in l. si quis injuriam 35. D. de injurijs.

SVMMARIVM.

1 *Quamquam ex notis plures errores in libris nostris non tamen in l. ubi purè* §. 1. *D. ad Trebell. & in l. si quis injuriam* 35. *D. de iniurijs id evenit.*
2 *Species textus in l. ubi purè.*
3 *Faber mancus in explicatione.*
4 *Suppletur, & affertur dubitandi ratio.*
5 *De Legato partitionis. Explicatur quid illud fuerit.*
6 *Pauli decisio exponitur.*
7 *Confirmatur illius assumptum.*
8 *Turamini assertio.*
9 *In dubium revocatur.*
10 *Reijcitur Fabri emendatio.*
11 *De tex. in l. si quis iniuriam, & retinetur recepta lectio.*
12 *An Pratores habuerint extra ordinem cognitionem.*
13 *Quid Bart. hic.*
14 *Pragmatici ignorant legatum partitionis. Sed affine habent aliquid de instituto in re certa.*
15 *Hic non detrahet legitimam si testatoris voluntas repugnet.*
16 *De hæreditate legata, & de iuris Vniversitate.*
17 *Fideicommissarius tunc tenetur cum hæreditas ei restituta.*
18 *Index iniuriam castigare debet, & quomodo.*
19 *Regulatur ex partis querela.*
20 *Agens ut iniurians Palinodiam canat civiliter non criminalitèr agit.*

1 Etsi verum sit, ae à plerisque viris doctissimis pluries observatum, per multos in libris Juris Civilis errores è notis quibus librarij veteres crebrè utebantur, creatos esse: attamèn hoc evenisse in *l. ubi purè* 19. §. 1. *D. ad Trebell.* & in *l. si quis iniuriam* 35. *D. de iniurijs*, ut contendit hic *Faber*, nulla aut conjectura, aut idonea ratione convinci poterit: ut in sequentibus palàm fiet.

2 Et primò quanquàm in §. 1. *l. ubi purè* 19. facti speciés, quæ proponitur plana sit, eamq; *Faber* rectè explicaverit, nam quis non videat in ea propositum quod cum testator, qui Lucium Titium hæredem instituerat, & ad eum ità scripserat: *Te rogo Luci Titi, ut hæreditatem meam cum Attio partiaris*, divisa inter eos hæreditate, dubitaretur, an ex *Sen. Consulto* actiones adversus Titium, qui dimidiam hæreditatis partem consequutus fuerat, competerent: quis etiam non videat affirmativè fuisse à Juris Consulto responsum? Attamèn qualis ratio dubitandi fuerit idẽ *Faber* ignorare visus est, aut nos ignorare voluit; siquidem scribens sub *nu.* 2. (*illud dubitationem faciebat, quod restituendi verbo testator usus non fuerat, neque ex fideicommissi causa hæreditatis partem Attius habere videbatur: sed potiùs ex alia causa, ex alio Iure*;) nõ

3 explicat deinde quęnam fuerit hęc alia causa, quod nam hoc aliud ius; sed id expressum nõ fuisse, ait & mancam mutilamque explicationem relinquit; cum tamen illud de quo quæritur satis superque expressum in tex. fuerit.

4 nempè rationem dubitandi fecisse, quod *Attius*, ex verbis quibus testator usus, non alitet fideicommissarius, sed legatarius erat, & proinde ad *Sen. Consulti* dispositionem, quæ de fideicommissis est, nequaquam astrictus

5 videbatur. Erat namque ante *Iustinianum* in usu genus quoddam legati, quod Partitionis appellabatur, de quo nedùm *Vlpianus in fragm. tit.* 24. §. *sicut* 27. ibi: *Sicut singula res legari possunt; ita universarum quoque summa legari potest, ut puta Mevius hæres meus hæreditatem meam cum Titio partito, dividito.* Sed etiam *Theophilus in* §. *sed quia instit. de fidei com. hæred.* & cuius Legati remanserunt in Pãdectis nonnulla vestigia, quæ observari poterunt

runt in *l.cum ex filio D.de vulgari in l. mulier §.ult. D.ad Trebell.* ut observavit doctiss. *Turaminus*, cũ de hoc partitionis legato egit in *lib.singul.de exequutione legatorum c.2.* quanquam nescio qua de causa omiserit inter illos numerare hunc tex. de quo agimus *in* §.1. *l.ubi purè* 19. qui insignis est, & sollemnis ad materiam.

6 Itaque ut hanc dubitandi rationem excluderet *Paulus*, Et *Aristonis* sententiam fulciret, illud adiecit, & rectissimè *Nec verba spectantur Senatus Consulti, sed sententia quibuscumque verbis: dum testator senserit, ut hareditas sua restituatur*, quasi diceret satis esse ad hoc, ut dispositioni *S. Consulti* locus fiat quod locus sit *Senatus Consulti* sententiæ, & si non verbis, quia non verba, sed mens spectanda, & proinde quibuscunque verbis sive ad fideicommissum pertinentia, ut sunt Restituas, Reddas, & similia, sivè ad legatũ partitionis facietia, ut sunt Partito Dividitò, testator usus fuerit hæredemque suum gravaverit, ut hæreditatem, aut integram, aut ejus partem in alium transferat: Senatus Consulto locus erit.

7 Et sanè *Pauli*, & *Aristonis* ratiocinationem rectè procedere, constat ex eo, quod cum hoc genus legati Partitionis tàm proximè accedat ad fideicommissum, ut veluti fideicommissum fuerit existimatum unde inter legatarium partitionis, & intèr hæredem (sicuti inter hunc, & fideicommissarium interponebantur) interpositę quoq; cautiones, & stipulationes, ut refert idem *Vlpianus in fragmentis tit.25. de fideicommissis* §. *ex Pegasiano* oportebat, & in specie, quam tractamus propositum legatum partitionis ad instar fideicommissi à J. Consultis tractari, atque sententia Senatus Consultis comprehensum illud concludi.

8 Neque obstat quod *ex l.mulier 22 §.ult.D. ad Trebell.* tàm securè asseverat *Turaminus loco cit.num.5.* scilicet Senatus Consultum ad legatum partitionis minimè pertinere, nàm

9 virum doctissimum monitum vellem quod in *Vlpiani* specie de qua in *d.§.ult.l.mulier* nõ ideò Senatus Consulto minimè locus, quoniam de legato partitionis tractabatur; Sed quia is, qui partem acceptam ex legato hæreditatis restituere rogabatur, non tanquàm hæres rogabatur, sed tanquam legatarius; unde ex *d.textu* colligitur, Primò quod legatarius partitionis non hæres, sed legatarius revera est. Secũdò quod si postea partem partis acceptæ, aut integram partem quam ab hærede accepit, sit restituere gravatus, non tanquam hæres se geret cum eo cui restituit, nam non habetur, veluti ipse hæreditatem aut partem Tertio restituat; sed ac si Legatum: siquidem non sicut Primus cum ipso ita ipse eum Tertio hæres est, aut tamquam hæres rogatus; Nam non sufficit, ut à principio *Vlpianus* monuit, de hæreditate rogatum eum esse. Ex his autem concludetur verissimum esse, quod ad legatarium partitionis si non verba, saltem Senatus Consulti sententia pertinet; sed tunc cum res agitur inter hæredem, & legatarium ipsum, ut evenit in specie hujus *l.ubi purè* §.1. in qua idem qui hæres institutus, gravatus hæreditatem deindè cum *Attio* dividere; Cæterum si postea, hic legatarius alteri, quod accepit restituere fuerit rogatus: hoc neque ad verba, neque ad Senatus Consulti sententiam pertinere; quoniam aliud est quærere, an Senatus Consultũ pertineat ad legatum partitionis, aliud an ad fideicommissum, quod posteà legatario partitionis alteri relinquitur: & in primo casu verum quod hic ait Paulus, Senatus Consulto locum esse: in secundo verùm quod ibi *Vlpianus* Sen.Consulto non esse locum.

10 Sed ut ad *Fabrum* redeamus ex his, quæ jam diximus constat quod cum rectè dixerit Paulus (*non spectari verba, sed sententiã Senatus Consulti*) *quibuscunque verbis dum testator senserit, ut hareditas sua restituatur*, non poterit *Fabriana* coniecturæ locum esse, neque illius emendationi, quam tamèn (ut & hoc quoque moneamus) *Faber* Noster à *Petro Fabro* mutuatus fuit, siquidem ille, & si non *fideicommissi* pro *S.Consulti* in textu reposuit, tamen *testamenti* pro *S.Consulti*, & ex ipsis hic à *Fabro* adductis argumentis aliquando reponendum voluerat, licet posteà re meliùs considerata, alitèr senserit, & receptam lectionem mutari noluerit in Comment. ad *l.12.D.de reg.jur.* Eique adsentiatur *Osualdus* in *Donello lib.7.cap.17.in notatis lit.A.*

11 Sed citcà tex.in *l.si quis injuriam*, ne à recepta quidẽ lectione recedendum esse, nèc ubi legitur *Præfectus* reponendum *Prætor* existimo; & si *Faber* alitèr suadeat hic *num.3.* siquidem falsa est *Fabriana* assertio illa, quod *Prætores* merum Imperium non habuerint, & quod nec extrà ordinem cognoscere, nec extraordinariam coercitionem inducere potuerint, quippèquod asseverat apertis verbis *Pomponius in l.2.§.deinde, Cornelius D.de origine juris* fuisse quosdam Prætores, eosque à Cornelio Sulla primum creatos, qui de delictis gravioribus, & atrocioribus cognoscebant, & vindictam exigebant. Unde potuisse hos de atroci injuria illata, ab eo, qui proptet infamiã suam, injuriarũ judicium contemnere posset, cognoscere, nemo sanæ mentis dubitabit; & multò minus si audiat *Jacobũ Cujaciũ* monentem in Comment. ad citatum *Pomponij* locum, ibidem expressam fuisse inter alias, (sed librariorum incuria omissam) injuriarũ quæstionem; ideòque reponendum legendum-

2 *Notatur primò Faber.*
3 *Quomodo tex. explicandus.*
4 *Fabri expositio facit, ut Vlpianus in juris regulas impingat.*
5 *Refellitur Fabri Commentum.*
6 *Rejicitur a Fabro proposita emendatio.*
7 *Explicantur verba tex.*
8 *Interpretum, & Pragmaticorum sententia.*
9 *Qui distinguunt inter debitum necessarium, & voluntarium.*
10 *Defenditur hac distinctio.*
11 *An compensatio admittenda respectu medietatis bonorum antiquorum agnatis debita.*
12 *Reicitur Buccini, & Caputi sententia.*
13 *Sunt qui negant non esse compensandum legatum cum debito quod alius debet ex testatoris facto.*
14 *Oppositio adversus superiora*
15 *Responsio.*
16 *Quid in praxi servandum.*
17 *An compensatio admittatur de Legatis ad alia debita.*
18 *De alijs compensationibus in ultimis voluntatibus.*

1 IN ea controversia, quę est intèr *Jacobū Cujacium, & Joannem Robertum* Circà emēdationem, & expositionem §. *si pater l. si cum dotem* 22. *D. sol. matrim.* se Iudicem in præsenti facit *Faber*. Et quanquàm nèc malè pro *Cujacio* judicet; quia tamèn plura supplet, pleraque confundit, omnia invertit, parum ab est quin litem suam faciat.

2 Et quidèm sub *num.* 2. dum in *Vlpiani* verbis *si in legato tantùm acceperit quantum dotis satis esset*, manifestum esse scribit, *Vlpianum* loqui de legato facto non dotis nomine; subsistendum est, nam nulla adest conjectura, quæ manifestum hoc *Fabrianum* assumptum reddat, & adverba *tantum quantum* videntur posita relativè non quidem ad legatum, sed ad quantitatem legato contentam; Nam non dixit Juris Consultus, si in legato acceperit, id, quod accepisset si dotis nomine ei fuisset legatum, sed si in legatum tantum acceperit, quantū dotis satis esset, scilicet quantum ei præstitum fuisset, si actione pro dote quæ ei denegabatur, experta foret, aut si non illa actione aliquo tamen alio modo egisset, & in summa quantum satis esset ad dotem. Cæterum *Fabri* argutia in eo est, quod ly *nomine*, quod extat in postremis §. *verbis* in mox citatis repetit, & pro *dotis satis est*, legir, *dotis nomine satis est*, ut per hanc lectionem comparationem fieri innuat inter quantitatem legatam, & quantitatem debitam dotis nomine, cum tamen *Vlpiani* verba præseferre videantur factam comparationem inter legatum propositum, & legatum dotis nomine factum; licet si verum fatendum est, & si videātur ita dicere, non dicunt tamen quod contendit *Cuiacius* legatum fuisse factum adiecta causa, dotis nomine ita que utriusque sententia incerta est.

3 Quod si cum juris ratione J. Consulti verba concordia esse velimus, vel quod dotis nomine expressis verbis legatum relictum fuerit per necessariam consequentiam deducemus, ex eo quod *Vlpianus* actionem denegādam, & compensationē objiciendam concludit, ut *Cuiacius* sub *Mercatoris* persona ratiocinabatur *Notatorum* 2. *cap.* 16. aut si id concedere non velimus dicere Nos oportebit quod, & si dotis nomine apertis verbis legatum factum non fuerit, explicandum tamèn erit, ac si ita factum, idve ex coniecturis, & negotij gesti circumstantijs, quod *Duar. suadet in Cōment.* ad hunc locum: aut deniq; literam tex. emendabimus, ut nos faciendum suspicavimus *Suspicionum libris.*

4 Sed utcunque faciamus, illud perpetuò tenebimus manifestum non esse, & apertum, an in hac specie de qua agimus legatum simpliciter factum, & non dotis nomine fuerit, ut perperam contendit hic *Faber*, cuius expositio ad citata verba: *Si in legato tantùm acceperit, quantum sufficeret, si dotis nomine legatum esset* manifestè faceret, ut in Juris Regulas ab ipsomet *Fabro* prævisas *Vlpiani* conclusio impingeret, nam faceret, ut quod legatum simpliciter fuerat cum debito compensaretur contra *l. Creditorem* 85. *D. de leg.* 2. *l. quingenta* 12. *D. de probat. l. Creditor* 16. *C. de legatis* ad quas videndus quæ novissimè attulit *Arias de Mesa variar. lib.* 2. *cap.* 9. quinimmò faceret quod plus est, ut simplex legatum compensaretur, & cum debito ex causa dotis contrà *l.* 4. *D. de collationibus.*

5 Nec quicquam prodest *Fabro* quod comminiscitur, nempè dictum ab *Vlpiano compensandū in dotem filia quod ei à patre datur*, sic intelligendum esse, ut sciamus compensationem objiciendam non ab hærede patris, sed à marito; quoniam cum adversus patrem, qui dotem exegit, aut eius hæredem filia actionem nullā habeat, sed tantum agere adversùs maritum possit, huic postea ut dotem à socero condicere possit concedetur *l. qui hominem* §. *si gener D. de solut.* Etenim nos non quærimus quis nam sit qui compensationem objiciat; sed an compensatio objici possit, & propterea, an ut possit compensatio objici, legatum debeat nominatim pro dote fieri, an verò sufficiat simpliciter legatum fuisse, modo eadem quantitas sit in legato, quæ & in dote? Cæterum cum simpliciter legatum fuit, quia inspectis juris Regulis compensatio locum non habet, frustrà quæres à quo sit objiciēda; Contrà vero si legatum in causam dotis factū dices, aut filia hæres instituta; quia in his ca-

ſibus compenſatio locum habebit in his dicetur à marito vel eius hæredibus objiciendam compenſarionem eſſe.

6 Rursùs quam *Faber* ſub *num.* 11. emendationem proponit, ut ſcilicet illud *Nomine* muremus in *minimè*, & legamus citata verba, *Si tantùm ab eo conſequuta ſit, quantum ei dotis minimè debebatur à marito*, recipiendam non eſſe conſtat. Primò, quia inſolens hæc loquendi forma J. Conſulris, & abrupra, & conciſa. Secundò, quia ſibimetipſi *Vlpianum* adverſarium reddit, qui mulierem conſequutam ait tantum quanrũ ei dotis ſatis eſſet, & conſequutã ait quid aliud ultra illud, & quod minimè ei debebatur. Tertiò, quia æquivoca eſt hæc loquutio, *quantum dotis minimè debebatur, aut quantum non debebatur à marito*; nàm poſſumus ab illa intelligere, mulierẽ ampliùs aliquod conſequutam eo quod ei debebatur, & poſſumus intelligere conſequuram illud quod minimè debebatur, atque ira ſupponi, nulla dos à marito debita. Quartò, quia ſi in his poſtremis verbis Julianum tractaſſe facies cum *Cujacio* à quo *Faber*, ſpeciẽ illam, in qua filiæ ampliùs legatum fuerit, quam dotis nomine ei deberetur à marito: parùm acutum *Vlpianum* reddes, qui hujuſmodi *Juliani deciſione* utatur ad ſpeciem decidendam, in qua tantùm legatum foret quãtum dotis ſatis eſſet. Et denique quia ſi legatum majoris quantitatis facies, quàm dos ſit, deſtrues coniecturam illam pro compenſatione inducenda ortam ex ſimilitudine, ſivè identitate, quantitatis legatæ, cum ea, quę pro dote erat debita.

7 Quod ſi quæras, & quidnàm ſibi velint pręcedentia illa, *lucroq; ejus cedere*, nam hæc sũt quæ *Cujacium, & Fabrum* movebant. Reſpõdebo illa non de filia, ſad de patre loqui, quod ipſe contextus innuit, & oſtendere patris lucro cedere, ſi tantùm ab eo filia conſequuta fuerit, quantum dotis nomine ei debebatur à marito; ſiquidem compenſationem opponet marito ſi is condicere velit, unde ita ipſe, ſive ipſius hæreditas tuta remanebit, & ex hoc illius lucro cedet, quod per legatum filia tantũ conſequuta ſit quantũ dotis nomine debebatur, ſivè propriè ipſius hæreditatis lucro cedit; nã debito liberatur illudq; ſolvit, & ſi legare videatur, non debitum ex ſolvere; Cæterum non cedit lucro filiæ; quia quod ei debebatur conſequitur, atque potius creditum ſuum quam legatum accipit.

8 Sed *Interpretes*, & qui eos in Foro ſequuntur quamvis Regulam ſuprà adductam, quod legatum à debitore ſimplicirèr Creditori ſuo factum non compenſetur cum debiro, veram eſſe dicant, ea quæ uri ſoleant, ut videre eſt apud *Riccium collect.* 1269. *par.* 4. *& Fabrum* noſtrum in Codice *tit.* 18. *de leg. lib.* 6. *defin.* 8. undè ſi hæres contrarium voluiſſe teſtatorem contendat, id probare teneatur *Maſcardus de probat. concl.* 33. *lib.* 4. *Baeza de decima tutorum cap.* 5. *num.* 34. Attamèn Regulæ huic tunc locum eſſe adiiciunt, ſi debitũ ad quod reſtator renebatur voluntarium fuerit, non verò ſi neceſſarium; quoniàm debiti neceſſarij compenſationẽ ſemper admittendã dicunt, & ſi legatũ ſimpliciter factum fuerit, ut docuit *Bartolus*, qui primus ad hanc diſtinctionem advertit in Comment. *ad hanc l. ſi cum dotem* 22. *§. ſi pater D. ſoluto matrim.* & in Foro ſine controverſia receptum eſt ex *Campegio de dote par.* 3. *quaſt.* 100. *Afflicto dec.* 44. *num.* 9. *Menochio praſumpt.* 4. *cap.* 109. *& ſequ. Covar. in cap. officii n.* 2. *de teſtam. Peregr. de fideicom. art.* 33. *num.* 41. *Gom.* 1. *variar. cap.* 12. *n.* 27. *Surdo conſ.* 7. *&* 112. *Mantica lib.* 10. *tit.* 2. *num.* 5. *Galeota lib.* 1. *contr.* 29. *& ſequ.* aliiſque plena manu congeſtis à *Barboſa ad hanc l. ſi cum dotem, & à Meſa variarum lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 11. qui & receptiſſimam hanc diſtinctionem teſtantur, & ab ea nequaquàm recedẽdum exiſtimant, cum nullam efficacem rationẽ Neoterici afferant, qui contrarium ſentiunt cum *Duareno* ad hanc *legem*, *Coraſio Miſcellan.* 3. *cap.* 1. *Schifordegero lib.* 2. *forenſ. tract.* 13. *q.* 2. *& D. Melchiore de Valenza tract. ill. lib.* 3. *tit. de leg. cap.* 2. neq; hi qui cum Doctiſs. *Reg. Merlino contr.* 2. *cap.* 44. *n.* 3. labefactare receptam diſtinctionem nituntur aliquid novi adverſus illam attulère, contenti iterum põderaſſe, quæ ex tex. *in l. unica §. ſciendum C. de rei uxoria actione, & ex l. Creditore* 87. *D. de leg.* 2. *Anton. Faber in Cod. loco cit. Riccius, & alii apud Meſam cit. n.* 10. ponderaverant; nẽpe huiuſmodi negotium compenſarionis pẽdere ex teſtatoris voluntare, aut verbis expreſſa, aut idoneis coniecturis; Nam hæc ponderatio non impugnar, nec deſtruit communem diſtinctionem; quandoquidem *Pragmatici* qui illam amplectuntur, hoc ipſum nominatim tradunt, ſcilicet eſſe attendendam reſtaroris voluntatem, eam ramen ideo ſupponunt, & neceſſitatem probandi contrariũ in hæredem transferunt, quia cum hæc teſtatoris voluntas compenſandi legatum cum debiro poſſit elici ex coniecturis, de quibus *Mantica, & Menochius* locis citatis, *& Simon de Pretis de interpretatione ult. volunt. lib.* 4. *dubit.* 6. *n.* 30. fortiſſimam, & neceſſariam cõjecturam illã eſſe exiſtimant, quæ ex eo quod debitum neceſſariũ eſt naſcitur; prudens enim quiſque rerum exiſtimaror creder, quod reſtator, qui ad debitum illud exſolvendum obligatus eſt, illud potius ſolvere intendar, quam ad liberalitatem exercendam legatum facere. unde ex eo quod teſtator neceſſariò debet, & legat præſumprio oritur, quod ſe liberare voluerit, aut ſaltem quod ita potiùs

vo-

voluisset si de debito cogitasset, quam donare quod idem est ac perdere, & sanè legatum donatio est.

11 An vero hanc eandem compensationem admittere debeamus, cum medietate antiquorum bonorum, quam voluit *Neapolitana consuetudo* relinquendam esse intactam proximioribus agnatis ab eo, qui moritur, disputarunt plerique ut apud eumdem *Regen. Merlinum* loco citato videre est; Cæterum qui opinioonem negativam probabiliorem faciũt *Buccini* ratiocinatione utuntur à *Caputo in Cõsuet. si moriatur p.2.§.11.n.45.* defensa; qoæ est, quod medietatem hanc non testator ipse, sed alius tertins quamvis ex testatotis facto debeat, exemplo quartæ Canonicę Episcopo debitæ ex pijs legatis, quam non testator, sed is, qui legatum accepit debet, & vitæ militiæ, quam non pater, sed primogenitus secundogenitis fratribus solvere tenetur.

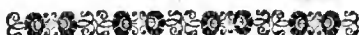
12 At nec *Buccini* ratiocinatio tuta, nec allata exempla de quarta Canonica, & vita militia ad rem quadrate mihi videntur, quippequod falsum, medietatem bonorũ antiquorũ proximioribus non debere disponentem, sed alium ex illius facto, siquidem morientem civem qui disponit, medietatem debere Consuetudo voluit, & illius debitum eam facit in illis verbis *Si testator filios, seù liberos, & descendentes, ex eis in infinitum non habeat, potest de bonis paternis, & maternis, & alijs ab agnatis, & cognatis sibi obvenientibus disponere iuxta velle usque ad medietatẽ ipsorum bonorum: reliqua autem medietas perveniat ad proximorès agnatos, & cognatos*: nam io his verbis Coosuetudo non illum, in cujus beneficium Civis testator disposuit, incapacem reddit, ut leges *caducariæ* olim faciebant dũ qoosdam solidi incapaces reddebant; Sed cũ testatore agit eique inhibet ne oltra disponat, & ab eo adimit disponendi facultatem ultra medietatem, ut ita teliqua medietas ad agnatos ptoximiores perveniat; quod facit ut illam agnati ex providentia consuetudinis ab ipso testatore habeant, nõ ab eius hærede iostituto; ut fatetur ingenuè *Reg. Merlinus*, & proinde ut debitnm medietatis hnjus, non tertij hæredis, aot alterius sit, sed testatoris, cui consuetudo prohibendo, ne de illa disponat, facit, ot evadat medietatis bonorum antiquorum moriendo non Dominus, nt fuerat, sed debitor agnatis suis: hoc autem sat esse, poterit securè diei ad constituenda extrema habilia ad compensationem faciendam; nàm agnati finnt, nt ità dicam, Creditores ex providentia consuetudinis illios medietatis, & vice versa testator debitor fit ob id, quod ut diximus ad hoc ut ad agnatos perveniat, de ea disponere non valet. Hoc autem, non ita est in quarta Canonica, nam hanc Canones volunt legatarium ipsum ex legato pio à testatore accepto solvere Episcopo. Neque ità est in vita militia, nam hanc *Constit.* frattem volunt primumgenitum qui integrũ feudum fraocorum jurè accipit, secundogenitis, ut vivant, & ut militent præstare.

13 Insuper quod tanquàm certum Adversatij assumunt nempè legatum à testatore factum non esse compensandum cũ debito illo, quod non testator ipse, sed alius, licet ex testatoris facto debet, id nedum in controversia est, sed à pletisque *Pragmaticis* obstinatè negatur, qui in oppositum contendunt; qood quotiès debitum, habet otiginem ex facto ipsius testatoris, toties debitum erit testatoris non alterius, moti authoritate *Pauli de Castro cõs. 35. num. 1.* cui assentière *Corneus Ruinus, Cravetta*, & alij cum *Menochio* in adducta *præsumpt. 109. lib. 4. n. 60.* & *Molfesio* post *Rovitum* in *Comment. ad consuet. tomo 2. p. 6. qu. 11. de iure dotium num. 34.* & quamqnam his op-
14 ponatur quod *Castrensis* loquitur in specie
debiti pendentis ex causa hęreditaria, & non
extrinsecus, & ex facto alterius, ut *Ruin. cons.*
74. n. 20. vol. 2. dicebat; attamen erit adver-
15 tendum. Primò quod nulla est dispat tatio,
cur debitum ab hærede eo quod illod testator
solvere ab hærede voluit, censeatur debitum defuncti, & debitum istud medietatis, si ab hærede præstandum Consuetudo voluisset, ut adversarij credunt, (nam oppositum verum esse ostendimus) non esset dicendum defuncti quoque debitom esse. Secundò quod si debitum dotis constituendæ in Patre oecessarium existimatur, non ob aliam rationẽ, nisi quia lex vult, paternum esse officiũ filias dotare: cur idipsum dicẽdũ nõ erit in debito medietatis, qnam consuetudo vicem legis obtinens jobet decedentẽ civẽ ptoximioribus relinquete?

16 Sed hæc veritatis indagandę causa sint dicta, oam in foro, & io ptaxi sscipienda ea, quæ attulit distinguendo *Lęlius Capntus* loco citato libentissimè suadeo.

17 Denique cum quid dicendum sit de debitis ex causa restitutionis dotium, ex causa arrharum, seù ex sponsalitia largitate, aut ex causa antephati, salarij, & similinm, & an cõpensatio in his locum habeat cum legatis factis, jam snpra citati *Mesa, Molfesius, Merlinus*,
18 & reliqui tractarunt, ab iisdem petenda erũt
sicuti si quis alia de compensatiooe in ultimis voluntatibus facienda scire velit, adire debet *Sebast. Medices in tractatu de compensationib. par. 1. quest. 31.*





CAPVT X.

Ad l. Pomponius D. de neg. gestis.

SVMMARIVM.

1. *Non difficilis expositio hujus legis*
2. *Fabri expositio.*
3. *Refellitur.*
4. *Scevolæ argumenta adversus Pomponium ducta ab absurdo.*
5. *Explicatio tex.*
6. *Ejusdem tex. Economia.*
7. *Bacovij sententia.*
8. *Interpretum, & Pragmaticorum sententia.*
9. *Qui sibi met ipsi adversantur.*
10. *Item, & Scævolæ.*
11. *Adiectus etiam post ratihabitionem creditoris tenetur actione neg. gest.*
12. *Effectus ratihabitionis.*
13. *Heredes possunt habere ratum gestum defuncti nomine, & si ille non mandasset.*
14. *Regula, semel probatum amplius improbari non posse, habet locum, & si gestum, malè fuerit.*
15. *Sed habet exceptiones.*
16. *Taciturnitas pro ratihabitione habetur.*

1 Difficilem non esse interpretationem *l. Pompon.9.D.de.neg.gestis*, nemo nō admittet, nam contextus verborum quæ nequaquàm obscura, sed perspicua, & illis tū à veteribus, tum à recentioribus Interpretibus ita suadet tradita explicatio; unde perperam *Fabrum* laborasse constat, qui & si hic novam, & verissimam ejusdem legis expositionem pollicitus non nisi inania quædam, & pro trita attulit.

2 Et quidem ipse statim reprehendit *Glossã* aliosque existimantes illud quod à principio dictum à *Pomponio* fuerat (*Si negotium à tè quamvis male gestum probavero, negotiorũ tamen gestorum te mihi non teneri*) posteà in dubium revocati, & reprehendi à *Scevola* in verbis sequentibus: *Videndum ergò ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat, nam quomodo cum semel ceperit nuda voluntate tollatur.* Deinde adijcit quod citata verba non aliter *Scevolæ*, sed *Pōponij* sunt, adversùs prima illa & *Si negotium à tè, &c.* (quæ non ipsius *Pomponij*, sed communem, & receptam sententiam continebant) prolata: & tandem ait; quod hæc posteà *a Scevola* in vers. *immò puto* improbantur.

3 Sed adversùs hanc *Fabrianam* expositionē facit primò, quod Scevola verba citata *Si negotium à tè, &c.* tanquam sententiam *Pomponij* continentia attulit, non tanquàm receptam, & communem, sic enim *Scevola*, præfatur *Pomponius scribit*; non ut solent Juris Consulti, quotiès hujusmodi receptas sētentias referunt (*quod vulgò receptum est*) aut *quod receptum est* (*quod vulgò dicitur*) vel similibus modis. Secundò facit quod si *Pomponium* dixeris in his primis verbis receptam sententiam retulisse à se mòx impugnandam Respondeam quod id ipsum fecisset, .s.quod & ipse ita præfatus fuisset *quod vulgò dicitur*, aut *quod vulgò receptum*, aut aliquo alio modo, quo ostendisset se de aliorum sententia loqui eamque referre &, non ita ex abrupto *Si negotium à te, quamvis malè gestum probavero, negotiorum tamẽ gestorum te mihi non teneri*, aut saltem post hæ prolata adiecisset, *quidā dicunt, vel vulgò dicitur*, & sanè vel *Scevola* ipse, alioquin in abrupto, & conciso sermone frequens id fecit. cum alterius referre se opinionē significanter dixit in principio sermonis *Pomponius scribit*. Tertiò facit, quia & stylus ipse illorum verborum *Videndũ ergo ne in dubio, &c.* vel solus *Scevolam* prodit Authorem. Quartò si à vers. *videndum* loqui *Pomponium* dicemus, & receptam eum sententiam reprehendere, oportebit asserere, quod *Scevola* deinde, dum *Pomponium* impugnat in vers. *imo puto* stat pro recepta sententia malè à *Pomponio* repræhensa: Et quod velit si negotium male gestum fuerit probatum, non esse negotiorum gestorum actionem; At hoc falsũ esse patet ex textu ipso in quo totus *Scevola* est, ut demonstret propositionem illam primam (*Si negotium à te quamvis malè gestum probavero, negotiorum tamèn gestorum te mihi non teneri*) non esse tutam; id quod

4 ostendere conatur ducto ab absurdo pluribus modis argumento, ita ratiucinando, si extinguitur negotiorum gestorum actio: ergò dum in dubio est, an ratum habeam, actio pendet. Rursùs si comprobatione actio extinguitur ergo nulla voluntate quæsita actio tolli potest; Sed hæc sunt absurda ergò. insuper nec contentus hæc dixisse, quia videbat opponi sibi Axioma illud, *quod reprobare non possum semel probatum*, quemadmodum quod utilitèr gestum est, necessè est apud Judicem pro rato habere: ut hanc obiectionem è medio tolleret, adiecit, & sequentia alia absurda: Si me comprobante extinguitur actio, quomodo quod exegit à debitore meo is qui gessit recipiam; & Vlterius quomodò si aliquid vendiderit, pretium recipiam, quomodò ille, qui gessit, si aliquid impenderit à

me

me recuperabit; ex his igitur absurdis con-
clodit adductam rationem non obstate; si-
quidem non ab eodem Domino reprobatur,
quod approbatum fuerat, sed in exequutio-
nem ejus quod gestum est, & approbatum,
actio negotiorum gestorum intentatur.

5 Et sanè cum aliud sit approbare quod Ti-
tius, & non alius mea negotia gesserit, idque
ratum habere: aliud verò approbare, nedum
quod gessit, sed quomodò gessit, & modum
gerendi, non sequitur quod ex eò quod ego
ratum habui quod Titius gessit, ratum etiam
habere debeam & quomodò gessit: alioquin
nunquàm actio mandati superesset in benefi-
cium mandantis, quoniam is qui mandavit,
vel à principio approbavit, & ratum habuit.
Cæterum errandi occasionem dedit, quod ra-
tiocinando *Scevola* inter sua, verba *Pomponij*
inserit, & præcisè clausulam illam (*Sed supe-
rius ita verum se putare,*) *si dolus malus à te
absit*, unde *Faber* credidit omnia *Pomponij*
esse, non recordatus *Scevolæ* morem ex abrup-
to Respondendi, refutandi, proponendi. Ani-
6 madvertendum, itaq; erit in hac *l.* primùm à
Scevola, *Pomponij* pronunciatum referri, de-
inde dubitari, postmodùm ne diminutè *Pom-
ponium* retulisse videretur exceptionem *Pom-
ponij* in medium adduci, & tandem in to-
tum repræhendi, & reijci. Quod sanè si ani-
madvertisset *Faber* non se intricasset, ut fa-
cit *num.*4. & modò *Scevolam* repræhendere
Pomponium modò non reprehendere affirma-
ret, modò admittere *Scevolam* negotiorum
gestorum actionis extinctionem, modò non
admittere, sed inutilem esse fateri, modo nèc
inutilem, sed utilem contendere, quando sim-
pliciter contextui inherendo dicere poterat
Scevolam, *Pomponij* propositionem à princi-
pio proponere, eam deindè repræhendere va-
rijs argumentis ab absurdo ductis, in illis ve-
ro adducendis inserere, & reijcere concisè ta-
mèn ejusdem *Pomponij* rationes.

7 Scio *Reinardo Bacovio*, in notis *ad Treu-
tlerum* 1.*vol.disp.*10.*Thesi* 6. *lit.* *A.* visum
fuisse *Scevolam* non bona fide versatum, &
Pomponij verba captasse potiùs, quàm expli-
casse, idve varijs argumentis ostendi. Sed cũ
Nos integra *Pomponij* scripta non habeamus
ex his; quæ in hac *l.*9. referuntur, rectè *Sce-
volam*, & bona fide, pro quo præsumptio est,
egisse constat, & disservisse.

8 Sed nunc veteres Interpretes audiamus, &
quidem horum præcipuus *Paulus Castrensis*
in Comment. *ad banc l.* idipsum existimavit,
quod *Reinardus Bacovius*, & scripsit à *Scevo-
la* injuria *Pomponium* repræhensum, & verba
illius admodũ superstitiosè expensa fuisse; *Re-
petentes* verò alij, & sequaces post *Bartolum*,
& Fulgosium, pronunciatum *Pomponij* admit-
tunt etiam post *Scevolæ* censuram, & Ratiha-
bitione tolli actionem volunt, nisi dolus in-
9 tercedat, aut culpa; sed postea hujus senten-
tiæ immemores dum repetitionem expensa-
rum erogatarum ex parte gerentis eidem cõ-
cedũt, & dum recuperationẽ pretij ex vendi-
tione perventi, aut pecuniæ à debitore exa-
ctæ Domino permittunt, illam destruunt, &
dandam actionem negotiorum gestorum,
coguntur, ut dicant.

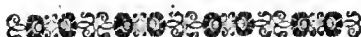
10 Rursùs dum ipsimet Interpretes asseverant
quod si quis rem meam vendiderit, ego & si
velim, pretium exigere ab emptore non pos-
sum, nisi re perempta, vel usu capta; ità ut
vindicationi locus non sit, nàm in hoc demũ
casu actionem negotiorum gestorum in sub-
sidium habebo post *Bartolum in l.*3. *C. de rei
vindicatione*, *& Bartholomæum de Capua sin-
gul.*179. dum inquam hoc asseverant, cum
Scevola in hàc l. pugnare videntur; quippe-
quod sigillatim ille, ad hoc, ut dominus possit
exigere venditionis pretium ab emptore in
quo factã venditionem ratam habet, superesse
actionem negotiorum gestorum adversus *Põ-
poniũ* defendit, unde nec vindicatione opus,
nec ut res perempta, aut usu capta sit exigi.

11 Illud tamen verissimum est, quod *Rota
Avenionensis monuit dec.*149. *in diversorum
tomo* 3. quod is qui solutioni adiectus fuerat,
& à debitore exegit, tenebitur actione man-
dati, aut negotiorum gestorum domino ex-
actum restituere, & si hic ratum à principio
habuerit dum eum solutioni adiecit, & ha-
beat postea, cum sciverit exegisse.

12 Sed quoad ratihabitionem attinet, de qua
hic *Scevola*. Primò adnotandum erit eam ple-
rumque facere, ut ex contractu meo nomine
gesto, quamvis non jussissem, ego tenear, ut
13 *Bartolus* docet in *l.*4.*C. si certum petatur*. Se-
cundò ex eodem *Bart. in l.*41.*nu.*14.*D. si cer-
tum petatur*, adnotandum erit, posse hære-
des quod defuncti nomine gestum fuerat, &
si ille non mandasset, habere ratum. Tertiò
14 adnotandum quod, & si vera Regula, *semel
probatum reprobari amplius nequit*, quæ ex hac
nostra *l.* deducitur, & habet locum etiam si
malè gestum sit quod approbatum est, ut
ex *Ecloga Basilicorum*, *& Harmenopolo* ad-
notavit *Dion. Gothofredus*: attamèn illa
habet exceptiones, de quibus post *Bartolum*,
*Menochius cons.*364.*n.*16.*lib.*4. a quo petẽ-
da. Et denique adnotandum quod taciturni-
tas, & consensus pro ratihabitione haberi so-
lent ex *Bart.* hic, & *Soccino regula* 484. *&* 466
ver. *taciturnitas*, *& Rota Genuen. dec.*19. *n.*2.



CA-



CAPUT XI.

De emendatione l. cum pater 77. §. qui dotale D. de leg. 2.

SUMMARIUM.

1 *Verba J. Consulti.*
2 *Eorum propositio visa dubia Interpretibus.*
3 *Et ideo Hotomanus, & Faber emendanda volebant.*
4 *Male Faber negat quod Nostri asseverant.*
5 *Demonstratur.*
6 *Item ex l. cum quis 37.*
7 *Item ex l. si servus 108.*
8 *Replicatio Fabri.*
9 *Diluitur.*
10 *Scevola usque ad qua tempora pervenerit.*
11 *Fabri emendatio.*
12 *Reijcitur.*
13 *Aut assentiendum P. Castrensi, aut nova emendatio excogitanda.*
14 *Quid Interpretes Veteres post Paulum Castrensem.*
15 *Quid Pragmatici.*
16 *An testator qua donaverat heredi possit supponere postea fideicommisso.*
17 *Responsio communis in hac quaestione.*
18 *Sed placet distinguere.*
19 *Testator de rebus a se donatis haredi disponit, ut de caeteris haredis bonis.*
20 *Qui aliquid facit vigore reservationis sibi facta, non novum facere videtur.*

1 QUod ait Pomponius in §. *qui dotale* 5. *l. cum pater* 77. *D. de leg.* 2. in illis verbis
qui dotale pradium contra legem Juliam vendidit uxori legatum dedit, & emptori
2 *fideicommisit, ut amplius ei pretium restituat, emptorem fideicommissi non teneri constabat si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faciat, eam oblato pretio doli placuit ex-*
3 *ceptione submoveri.* Mirum Interpretibus visum est; nàm cum constet ex *Divi Pij* rescripto, de quo plurièsin Jure nostro mentio est, quod a quocumque debitore fideicommissum relinqui potest *l. si pecunia* 77. *D. de leg.* 1. *l. cū quis* 35. *§. pater D. de leg.* 3. qua ratione in proposita specie apud *Papinianum* constaverit fideicommissum non deberi, planè non constat; hinc prius *Franc. Hotomano* 1. *Amic. cap.* 14. deinde, *Fabro* hic imposita necessitas textum hunc emendandi, atque receptam mutandi lectionem.
4 Sed Nos ut solemus *Fabri* dicta discutiendo, primò observandum duximus rectissimè à Nostris post *Accursium* fuisse traditum, quòd quotiès fideicommissum à debitore relinquitur, in electione est fideicommissarij, an velit actione ex testamento adversus gravatum ex *Divi Pij* Constitutione experiri, an verò ab hærede adversùs debitorem illum cessionem primævę actionis impetrare, & hoc pessimè à *Fabro* negatum, dum *sub num.* 2. *& seq.* scripsit quod post *Divum Pium* fideicōmissarius agere amplius adversus hæredem, ut cessionem impetret, non possit, ea ratione, quia cum non ad aliud hæres tenetur, quam ut suas contrà debitorem actiones cedat: dū has nullas habet, quia si agere ipse vellet, doli exceptione repelleretur, non habet quod cedat ideòque ad cessionem urgeri, non debet.
5 Siquidem primò ex eo quod exceptione doli opus est debitori gravato, ut agentem hæredem repellat satis infertur, quod actionem hęres habeat, qua experiatur, dolo tamen id faciat nàm sciens debitorē alteri dare jussum, huic cedere actionem nō autē ipse experiri debuit. justum. n. ut fideicommissario locū relinquat; Secundò constat etiam aliunde falsum esse quod nullas hæres habeat actiones, quas cedat; nàm quinimmò quòd habeat priores actiones, & quod eas cedere pos-
6 sit probatur ex tex. in *l. cum quis decedens* 37. *§. pater emancipato* 3. *D. de leg.* 3. in cujus specie cum fideicōmissum relictum fuisset à filio per stipulationem effectum patris debitorem, Respondet *Scevola* filium, & ex stipulatu ab hæredibus patris, & ex *fideicōmisso ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse, maximè post Constitutionem Divi Pij, qui hoc induxit*, quæ postrema verba *Scevolæ* sunt (nàm is certè, ut alibi, & pluries dicemus post *Divum Pium* floruit, & sub *Marco Aurelio*, ut ostendit *Nicol. Henelius de Veteribus I.C.* quinimmò etiam sub *Commodo*, ut *Jacobus Gothofredus* adnotavit) & dū implicant præcedentia omnia ostendunt *Divi Pij* Constitutione nequaquam factum, ut non amplius contrà heredē, ut anteà agi possit, quod perperam credit *Faber*; sed præstitum utrumque, scilicet posse agi adversùs debitorē actionibus cessis quæ heredi salvę, & posse ex fideicommisso agi, unde *Scevola* post prædictam Constitutionem maximè utrumque concedit.
7 Probatur etiam hoc ipsum ex *Africano* in *l. si servus* 108. *§. qui Margarita* 13. *de leg.* 1. Nam ex eo habemùs posse filiam à fratre petere, ut is actiones suas adversus debi-
8 torem ei præstet. Nec effugit *Faber*, dicendo quod hoc responsum præcessit *Divi Pij* Constitutionem; quoniam ante *Pium Ju-*
9 *lianus* floruit; nàm omisso quòd omnia Responsa tanquàm ex uno *Justiniani*, aut *Tribo-*

boniani orc prolata Nos explicare debemus, adhùc Respondetur primò, quod *Africanus* in citato Responso ex sua sententia loquitur non *Juliani* sententiam refert, quod & alibi fecit. nàm non semper *Juliani* dumtaxàt re-
10 sponsa refert. Secundò dato, quod *Juliani* sententia ea fuerit, adhùc, quia *Jul.* sub *Hadriano* floruit, potuit de Constitutione *Divi Pij* notitiam habere, nàm & sub *Pio* etiã, & sub sequentibus Imperatoribus vixit, ut ex *l.17.D. de jurepatronatus* Eruditiores conijciunt cum eodem *Nicolao Henelio* in J. Consultorum vitis. quinimmò sunt qui & ipsum ad *Commodi* etiã usq; tempora pervenisse, atq; ab eo cæsum scribant post *Joannem Baurium lib. singul. ad Pandectas, & Valent. Forsterium lib.3. hist. Juris Civilis Romani cap.73. num.3.* Igitùr à primo ad ultimum concluditur rectè ab *Accursio* traditum fuisse in electionem fideicommissarij positum an adversus debitorem agat, an verò cogat hęredem cedere sibi pristinas actiones.

11 Sed iterum insurgit *Faber*, & ait etiam electione hac data fideicommissario; quoniam in specie, de qua agimus in hoc §. *qui dotale l.is cum pater* 77. nulla apparet ratio, ex qua *Papiniano* constiterit fideicommissum non valere, ut valere illud dicamus oportet: ideoque entendanda omninò erit recepta lectio, scribendumque non ut scriptum extat negativè (*emptorem fideicommissi non teneri*) sed affirmativè: (*emptorem fideicommissi teneri.*)

12 Obstat tamen huic emendationi primò, quòd libri omnes cõstantissimè negationem habent. Deindè obstant sequentia verba *Papiniani* (*Si tamèn, accepto legato, mulier venditionem irritam faciat*) Nam his ostenditur necessitatem mulieri impositam improbandi, & irritandi factum mariti ex cujus judicio legatum consequuta fuerat; at hæc necessitas non aliter potest esse imposita mulieri, nisi constet fideicommissum non valuisse, alioquin prorsùs fatua hæc mulier foret, quæ mallet ad pretium venditi fundi recipiendũ opposita doli exceptione adigi, quam idem pretium ex fideicommisso, & benemeriti mariti liberalitate habere.

13 Itaque aut dicendum erit, receptam lectionem tuendo, quod post *Castrensem* defendit *Osualdus* in notatis ad *Donellum (comment. 8. cap.7. lit.H.* ideò non validum fideicommissum; quia nulla venditio prædij dotalis fuerat, nullũ debitum ex parte emptoris qui ideò adstringi ad pretium exsolvendum non poterat; aut si receptę lectioni non adquiescimus meliorem emendationem excogitare, Nos hoc ultimum præstare conati sumus in *Suspicionum* libris.

14 Sed emendatione intrim omissa *Paulus Castrensis*, ut diximus; nàm Cæteri vulgares Interpretes parùm de hac revidentur solliciti tradidit in hac specie §. *qui dotale l. cum pater* 77. ideò exploratum *Papiniano* quod fideicommissum non valebat; quia nulla fuerat prædij dotalis venditio; ideòque adigi emptor ad pretium exsolvendum non poterat. Nèc obstare quod mulier petendo pretium, videbatur venditionem approbare; nàm esto ità sit, approbatio facere quidem poterat ut vẽditio valeret, sed ut valeret ex tẽpore approbationis, ideoque facere emptorem mulieris debitorem, nàm approbando ipsa vendere videbatur: at non facere, ut idem fuerit jàm à principio testatoris debitor, ità ut ab eo fideicommissum tanquàm à debitore relinqui potuerit. quam explicationem si admittas, & quæras, dum ita est, Cur mulieri in cujus arbitrio est improbare vendirionem, & si approbet petere pretium tanquàm venditi set ipsa non tanquam fideicõmissaria; si tñ agat, & improbet doli exceptio opponetur? quando fideicommissum non valet, & ut pretium fundi recipiat imposita ci videtur necessitas irritandi factam venditionem. Respõdet *Hotomanus*, & rectè 1. *Amicab. cap.*14. id ex eo fieri; quia mulier hæc mariti legatum, quod ei etiam datum fuisse à principio *Pomponius* monuit acceptaverat, & receperat: ex hoc enim sequitur, quod dolo faciat, dum ex illa parte, unde lucrum cæpit, factum mariti approbat; ex altera verò qua venditio fundi facta est, impugnat, improbat, & reijcit.

15 Sed ad *Pragmaticos* deveniendo, fateri constat, & ipsos quod fideicommissum possit à quocunque debitore relinqui: & quod nedùm cessionem impetrare ab hærede poterit fideicommissarius; Sed si certę rei fuerit fideicommissum transire in dominium fideicõmissarij rem ipsam post *Boerium dec.*156. *nu.* 13. *Natta cons.*234. *tom.*2. id quod in fideicõmissario nniversali non evenire ante restitutionem idem *Natta* adnotavit *cons.* 223. & hanc esse unam ex differentijs inter fideicommissum generale, & particulare ex pluribus, quæ enumerantur à *Vera dec.*22. *par.*2. & à *Magonio decis. Florentina* 35. *Cappella Tholosana quæst.* 455. & ab alijs: vulgò advertunt.

16 Insuper ex *Scevola* Responso quod extare diximus in *l. cum quis* 37. §. *pater D. de leg.*3. solent ad quæstionem illam Nostri descendere, utrum possit testator res illas, quas prius donaverat inter vivos hæredi suo, tandèm fideicõmisso supponere, & gravare hęredem in testamento, ut eas restituat alteri? & in hac quæstione *Glossa in l. si mulier in ver. si mortis D. de leg.*3. negavit, adjecta ratione, quod res donatas hæres non habuit ex testato-

statoris ultimo Iudicio; quæ ratio, & sententia probari potest ex eo quod hic donatarius posset testatoris judicia spernere, quinimò, & falsum illius testamentum dicere, quod certè legatarius non posset ut ex *l. post legatum D. de his quibus ut indignis* notavit adversus *Pragm. noster Faber de erroribus decade* 45. *errore* 7. *num.* 2. & inter *Pragmaticos Conf. Hodierna contr.* 35. *num* 41. At contra magis cõmmunitèr Doctores affirmant *Glossa* improbata post *Parisium conf.* 2. *num.* 47. *lib.* 3. *& conf.* 33. *num.* 79. *& Julium Clarum in §. testamentum quæst.* 71. *num.* 3. dummmodò hoc onus fideicommissi expressis verbis testator imponat hæredi, & nominatis de rebus donatis easq; jubeat restituere, & non per modum generalè dicendo quidquid ad gravatum pervenisset.

18 Sed ego in hac re distinguendum vellem; nàm si quæritur, an testator, quod priùs irrevocabilitèr inter vivos donavit, possit postea restitutioni subijcere, tanquàm suum, aut ad se quocunque modo pertinens; & non posse Responderem quoniam ea quæ vivens, donavit non censentur cum moritur inter ejus bona, ut *Dion. Gothofredus.* rectè notat ad *l. sequens quæstio* 68. *D. de leg.* 2. Nec subsistit, quòd etiam ea quę donata fuère cæperit donatarius ex judicio defuncti, quoniàm ut optimè advertit *Glossa* citata non ex ultimo judicio hæres cepit. Unde significantèr *Scevola* in sua illa specie *l. cum quis* 37. *§. mancipato D. de leg.* 2. meminit cautum Patri per stipulationem, ut posset super rebus donatis fideicommissum imponere, quoniam nisi cautum id fuisset, sed liberè donatum, aliter dicendum erat, & secundum hoc primum distinctionis caput expondenda quæ habentur penès *Mainardum decis.* 34. *& sequenti lib.* 5. *Fontanella de pact. nupt. clauf.* 4. *Glos.* 8. *par.* 8. *num.* 57. *& Hodiernam contr. cap.* 15. *num.* 10.

19 Quod si quæramus, an de rebus ipsis donatis possit Testator veluti de cæteris hæredis bonis, & tanquàm non suis, sed hæredis fideicommissum relinquere, & restitutionem jubere, & tùnc affirmativè respondendum dicerem; modò nominatim id faciat, ut habetur in dicta *l. sequens quæstio* 68. *D. de leg.* 2. in cujus specie ratio dubitandi faciebat, quod paulò antè diximus, scil. nullum jus restatori amplius esse super rebus liberè donatis, at ratio decidendi, quod etiã super rebus sui hæredis authoritatem testator disponendi habeat, quod & Rescriptum extat in *l.* 25. *C. de fideicommissis*, & adnotarunt ex Nostris *Surdus conf.* 215. *num.* 14. *& Fidericus Prukmannus conf.* 46. *num.* 113. *& sequentibus.*

20 Prætereà ad hanc materiam *legis cum quis* 37. in qua pater & si bona omnia filio donasset, facultatem disponendi in morte de ipsis sibi reservavit pacto adiecto, & stipulatione ut id liceret, interposita, Adnotari, & jam debet, quod quamvis perfectæ jàm donationi neque modus, neque conditio postea adijci possit ex Regula *legis C. de donationibus, quæ sub*, de qua *Castillus contr. Juris lib.* 3. *cap.* 10. attamen si donans in donatione ipsa aliquam facultatem sibi reservaverit, tunc quod deinde facit in exequutionem reservationis sibi relictæ in ipsa donatione fecisse videtur, & non tam novam facere dispositionem, quam priorem exequi, & adimplere. Unde hic secundus actus priori illi inesse videtur secundum notata *à Surdo decis.* 182. *num.* 18. *Fontanella de pactis nuptialibus clauf. Glossa* 2. *par.* 2. *num.* 45. *Merlino contr.* 2. *cap.* 3. *num.* 3. *Tiraquello de retractu lib.* 1. *§.* 1. *Glossa* 18. *num.* 82. alijsque rectè expensis à *Reg. Consiliario de Rosa consult.* 69. *à num.* 93. nisi tamen actus prior foret nulliter gestus; nam tunc secunda dispositio attenditur ab eaque initium capit ad quod facere videntur quæ discussa sunt apud *Francum decis.* 587. juxta explicationẽ eorum factam à *Consil. Hodierna ad l. hac edictali quæst.* 2. *num.* 35. *& sequenti.*



CAPVT XII.

Agitur de Iuris Consultorum in specie legis verbis 5. D. ad l. falcidiam, & l. si Creditori 28. D. de legatis 1. dissensione.

SVMMARIVM.

1 *Dissensio inter Papinianum, & Paulum.*
2 *Plura Nostri pro conciliatione attulère.*
3 *Faber novam antinomiam excitat.*
4 *Sed non veram esse ostenditur.*
5 *Diluitur & secunda dissensio.*
6 *Explicatur Papinianus in sequentibus verbis quod si dies, &c.*
7 *Et si bona Fabri ratiocinatio adhùc non vera dissensio.*
8 *Respondetur his quæ movet Faber.*
9 *Fabri quadam alia.*
10 *Rejciuntur.*
11 *Improbatur altera Fabri distinctio.*
12 *Quid Pragmatici, & Interpretes.*
13 *Nullam prædictarum, agnoscunt Antinomiam.*
14 *Quod plus est in legato quam in debito fatentur venire in falcidiam.*
15 *Legatarius gravatus post diem certum restituendi plus quam ei relictum, fructus quoq; restituet.*

1 Si

1 SI quod in diem, vel sub conditione debebatur purè legatum fuerit, & vivo adhùc testatore, existente die, vel conditione, deberi incipiat, an quia inutile fit, legatum extinguatur; Nam in eam causam pervenit, à qua incipere non poterat, cõtroversia est, & agitata nedũ inter Interpretes; sed inter ipsos Juris Consultos, ut vulgò creditur; nàm *Papinianus in l. verbis* 5. *D. ad falcidiam* negavit irritum fieri, dum à principio constiterat, eique assentitur *Justinianus in §. ex contrario institutionibus de leg.* At *Paulus* contrà irritum fieri legatum contendit in *l. si debitor* 81. *D. de leg.* 2. Hinc plura Neoterici commenti sũt
2 pro conciliatione, ut videre est apud *Hototomannum, Balduinum, & Eguinarium Baronem Mising. Vinnium*, & similes in Commẽt. ad *d. instit. §. ex contrario*, & apud *Duarenum in Comment. ad d. l. si debitor* 28. *Goveanum ad hanc l. verbis* 5. *D. ad l. falcidiam, & Jacobum Cujacium ad citatam l. si debitor* 82. *D. de leg.* 2.
3 Huic autem dissentioni novam alteram adjungit *Faber* in præsenti, & vult quod cum de detrahenda falcidia ex debito legato agitur, si quætatur, an totum legatum debiti, an verò id dumtaxàt, quod plùs in legato est, quam in debito, veniat in æstimationem; dissensit rursùs à *Papiniano, Paulus*, & hanc dissensionem in libris nostris extare contendit.
4 Mihi tamèn neque in prima quæstione, neque in hac secunda quam *Faber* excitat *Paulum a Papiniano* dissentire videtur. Non in prima; nàm quod, si tempus, vel conditio debiti legati advenerit vivente testatore inutile reddat legatum, ut *Paulus* ait, non adversatur *Papiniano* dicenti quod irritum non fiat, siquidem potest legatũ ratũ esse, & non irritũ quia à principio constiterat; at potest inutile esse; quia nil ampliùs quam quod ob debitum præstandum ei fuerat, legatarius consequitur. hinc relatione facta, ad id, quod legatarius habiturus est, inutile legatum effectum tectissimè *Paulus* dicet, facta verò ad actionem, quæ ex testamento superesset quamve habiturus erit legatarius si volet, quia à principio legatum consistit, tectissimè *Papinianus*, qui de petitione legati, & de actione ad illud tractabat irritum legatũ non esse pronunciavit. Unde si conjũgas utrumq; Responsum, ab utroque Juris Consulto habebis legatum quidem irritum non esse quia ex testamento peti poterit, sed tamèn inutile esse; quia petendo illud nihil plus legatarius eo quod ei debebatur consequuturus erit; atq; ita concilianda prima dissensio erit explicando id quod primus, ut tolleret *Antinomyã* adnotauit *Accurs.* quicquid postea ab *Accursio* recedentes voluère *Linklama membranarum* 7. *Ecloga* 7. *& D. Melchior de Valenza lib.* 3. *tract. Illustrium tract.* 5. *cap.* 2. *n.* 7. qui tamèn & ipsi conciliandi modos alios attulère nec improbabiles; ideoq; ostenditur undequaque dissensionem in reconciliabilẽ non esse, quinimmò dissensionem reveta inter Juris Consultos non fuisse.

5 Ex his constare etiam poterit ne in secunda quidẽ quæstione, ut putat *Faber* eosdem J. Consultos dissentijsse, Etenim *Paulus* asserendo in citata *l. si quis creditori D. eodem* quod cum adest repræsentatio propter repræsentationis commodum utile erit legatum, ideoque in eo cõmodo falcidia locum habebit, id ipsum asserit quod *Papinianus in l.* 5. *D. ad l. Falcidiam* respondet: nam ibi *Papin.* ideo voluit, ut ex legato facto Civitati ab eo, qui illud ipsum quod legaverat per pollicitationem debebat, superfluum dumtaxàt falcidia minueret, quia dumtaxat, illius Commodum in falcidia ineunda, non item, quod jam debitum erat venire in æstimationẽ supposuit, Nèc in vers. (*quod si dies*) postea idẽ
6 *Papin.* circa modum ineundæ falcidiæ priori dicto adversatur, aut aliquam differentiam constituit, ut credit *Faber* in falcidia ineunda inter legatum debiti, quod debiti modum excedit, & legatum debiti, quod diei, aut conditionis dumtaxàt repræsentationem habet. Sed cum prius dixisset in legato habente aliquod superfluum, falcidiam circa hoc superfluum locum habere, ideòque firmum, & validum legatum esse, ne quis ex hoc deduceret consequentiam illam: ergò quoties superfluum non adsit (ut evenit cum legatum diei, vel conditionis commodum continet; & dies, vel conditio, vivo testatore, venerit) quia falcidia locum habere non potest irritũ legatũ fiet, eo quod ut diximus inutile redditur adiecit illa (*nec si, vivo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, fiet irritũ quod semel competit*, quæ sensum habent illud quod Paulò ante exposuimus: scilicet quod & si falcidia quæ in superfluo locum haberet, cesset cum commodum repræsentationis (quod solum superfluum erat cum legatum debiti sub conditione, vel in diem factum proponetur) etiam cessat, non ideò legatum quod semel à principio constitit irritum fiet.
7 Cæterùm si bona esset *Fabri* ratiocinatio, & ex eo, quod *Papinianus* dicit, non utilitatis æstimatio, sed totum petetur quod datum est, quoniam totum actione ex testamento peti potest; deduceretur volvisse in falcidia ineunda non commodum dumtaxat, sed legatum integrum venire, hoc ipsum & sentijsse *Paulum* dicendum foret, nam in hac specie de legato, quod repræsentationis dumtaxàt commodum habet, ferè ijsdem verbis utitur quibus *Papinianus*, ut videre est in *l. debitor decem* 82. *D. de leg.* 2. ibi, *non ut quidem pu-*

putant medij temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt: atque ita vel ex hac via concordes Juris Consultos non dissentientes, assequeremur, & uterq; (si benè *Faber* ratiocinaretur) integri legati æstimationem in falcidiam venire asseretet, quia uterque integrum peti posse Respondet: at non bona deductio, ut diximus, cum revera & *Papinianus*, & *Paulus* commodum dumtaxàt legati in falcidia ineunda æstimandum velint, & si totum legatum ex testamento peti posse fateantur.

8 Nec movet quod causatur *Faber* sub *nu.* 3. scil. ideò ex toto debito falcidiam detrahendam, quoniam legatarius nullam ex detractione quam patitur querelæ occasionem habebit, quia imputare sibi debet, quod legatum agnoverit, quo repudiato debitum pristina actione prosequi, & integrum consequi potuisset; Nàm adversus hujusmodi animadversionem in promptu responsio est, scil. quod non debeat creditor, qui testatoris voluntatem non aspernatus, voluit grato animo, potiùs ex illius iudicio, & liberalitate, quam iure suo creditum consequi, ex hoc postea damnum sentire, ut edoceri nos ex *l.* 32. *D. mandati* notavit *Osualdus in Donello Comment.* 8. *cap.* 24. *lit. I.* & proindè quod legatum non repudiaverit, quod testatoris officium non sprevit, non ideò puniri debet, & ita, ut quartam debiti partem remittere cogatur.

9 Sed videamus nunc quod nàm & illud aliud sit, quod idem *Faber* sub *num.* 5. ait, scil. mirum sibi videri, quod ex *Marcello Vlpianus scribit in l. si Creditori* 28. §. *ultimo D. de leg.* 1. *Si rem, quam ex stipulatu debes mihi legaveris utile esse legatum, ut neque falcidia hoc minuat*, præsertim cum *In l. sequenti Paulus* scribat: *Si neque tempore, neque modo, neq; conditione, vel loco differebatur*; nàm sivè *Pauli*, sivè *Papiniani* sententiam sequamur, dicendum erit, vel in toto legato, vel saltèm utilitatis in æstimatione falcidiæ locum esse. Nam & pugnantia hæc videntur, *utile esse legatum, neque tamen per legem falcidiam minui.*

10 Et certè, in his, quæ *Faber*, falsum illud primò est, ut jàm diximus, quod in modo falcidiæ ineundæ diversa, aut contraria *Paulus* à *Papiniano* senserit, cum uterque idem dicat, scil. commodum æstimari, non totum legatum in specie proposita. Secundò observādum circa eadē *Fabri* dicta quòd rectè potuit idem legatum apud *Marcellum*, *Vlpianum*, & *Paulum*, utile dici, & inutile, respectu tamen diversorum; nàm revera utile legatum est Creditori, cui neque ex stipulatu experiri, neque sumptus in litem erogare oportebit, ut idem *Vlpianus* manifestavit *in l mulier* 3. §. *si rem D. de leg.* 3. à quo loco hoc responsum *in l.* 28. lucem accipit; At inutile quoque legatum est; quia idipsum, quod ei debetur, creditor consequitur: hinc tertiò nascitur quod non pugnantia sint, utile legatum esse, & falcidiæ non esse locum; quia utilitas exigua est; nec quicquam ex hæreditate detrahit, unde hæres queri posset, & objicere, quod ideò apud se quarta hæreditatis pars non remaneat, sanè quod id quod in expensis erogaturus, creditor, aut tempus, lucretur id omne hæreditatem non minuit, sicut neque auget si eroget aut expectet itaque non curandum, nam & sine damno venit, & perexigua est utilitas illa quæ nec falcidiam patitur, nec fideicommissum foret passura *l.* 3. §. *si rem D. de leg.* 3. *l. si deportatus* 7. §. *ultimo cum similibus D. eo-*
11 *dem.* Porrò cum idem tempus teri, & similes expensæ erogari possint sivè debitum legatum, speciei fuerit, sivè pecuniæ, non erit facienda distinctio illa, quam *Faber* facit *n.* 6. etenim in utroque eadem utilitas erit in legato creditoris, & rursùs idem damnum, dum ex Vulgatis juribus in *l. sin autem* 29. *D. de leg.* 1. Et in *l. debitor* 108. *& in l. si pecunia* 178. *de verborum significatione* satis intelligimus, adhùc debitorem eum esse, qui corpora debeat, & pecuniæ appellatione corpora compræhendi; unde idem judicium de debitore pecuniario quam de debitore speciei in his quæ diximus faciemus.

12 Sed jam ad Nostros deveniamus. Hi antinomiam inter *Paulum*, & *Papinianum* in quæstione de legato facto à debitore creditori de eo, quod in diem debebatur si dies vivo testatore, advenerit, non agnoscunt, sed *Accursium* sequuti, inutile quidèm esse, non tamèn irritum legatum scribunt post *Bartolum*, & sequaces; dum ex eruditioribus idipsum admisisse videntur *Theodo. Straitmannus in suis antinomijs contr.* 21. *& Hubertus Giphanus in Comment. ad dictam legem debitor vers. quod si vivo D. de leg.* 2. & *Joannes Bellonus in suis Conciliat. contrarietate* 20. Regulam quoque communitèr statuunt & Nostri, quod legatum à debitore creditori factum si aliqualem utilitatem contineat, ritè rectevè factum erit post *Bartolum*, *& Baldum ad dictam l. si creditor* 28. & *Castrensem cons.* 136. *&* 225. Multis autē modis utile esse posse explicant cum *Gomez. variarum* 1. *cap.* 12 *de leg. num.* 26. quod & in legato facto quibuscumque admittunt, & satis esse dicunt quod vel modicum commoditatis afferat, vel quomodocumque gratum esse possit ut evenit in legato facto domus Titio, si illius justum pretium solverit; nam si domus illa grata Titio ob aliqualem suam commoditatem, aut quia fuit Majorum suorum, & si eam, emptione potiùs quam legato conse-

quatur

quatut adhùc utile legatum existimatur, ut *Tiraquellus de Retr. in præfat. nu.* 35. post alios docet, & adnotavit *Julius Caponus* noster *Responso* 59. *num.* 34.

13 Item Antinomyam alteram quam inter eosdem J. Consultos constituere conatur *Faber* hic in falcidia ineunda in legato, quod commodum dumtaxàt repræsentationis habet, non agnoscunt, sed simpliciter explicando Jura suprà adducta fatentur, & ipsi falcidiam in æstimatione eius dumtaxat, quod superfluum est in proposita specie locum habere. Fatentur quoque sufficere quod legatum utile fuerit à principio ad hoc, ut fideicommissum relinqui de eo possit ad tex. in *l. mulier* 3. §. *si rem D. de leg.* 3. de quo supra ut adnotavit *Præses de Franchis in sua decis.* 297. *nu.* 7. & 8. ex *Bartolo*, *Odofredo*, quo in loco idem *Francus*, & post eum *Amendola* ibique Addentes, de *falcidia*, & *Trebell.* disserunt, & quid legatarius aut agendo, aut retinendo passim consequi possit explicant, & quibus actionibus experiatur, Itē an legatarius à quo fideicōmissum relictū est detrahere possit falcidiam. Denique & illud notandum ad materiam, quod si legatarius plusquam ei legatum, fuerit post certam diem de restituendo gravatus illud plus ex fructibus perceptis præstabit, ad hoc ut integrū fideicommissum præstare cogatur, nam hos fructus in quartam ei debitam imputasset & si creditor foret in creditum, ut alibi ex *Castrensi in l. quod de bonis* §. *quid autem D. ad legem falcidiam*, *Soccino Jun conf.* 57. *vol.* 3. *Ripa*, *Lucretio*, *Pisanello*, & *alijs* adnotatum fuit.



CAPVT XIII.

Nonnulla de Repetitione legatorum ad l. 1. D. ad l. falcidiam.

SVMMARIVM.

1 DE legatorum Repetitione, & quando locum illa habeat Interpretes Nostri plura scripsère ex quibus tamen illud frequētiùs Receptum traditumque est quod legata censeantur à substituto vulgari repetita, licet ab instituto fuerint relicta; si tamen conjecturis non aliter appareat, & si nominatim ab hærede, aut à cohærede relicta nō fuerint, nàm ità *Bartolus* docuerat cujus dicta alij explicant, & sequuntur post *Jasonem in l. licet Imp. num.* 35. *de leg.* 2. *Cardinalem Manticam conject. ultimarum voluntatum lib.* 8. *tit.* 2. *nu.* 15. & *Menochium*, aliosque de quibus infrà.

2 *Neoterici* tamen aliter sentiunt, & post *Severi* rescriptum in citata *l. licet* Repetitionem admittunt etiam legatorum illorum, quæ nominatim ab uno, vel ab altero hærede fuissent relicta: nam ità sētiē e *Alciatus præsumpt. Regula* 2. *præsumpt.* 35. *Jacobus Cujacius obser.* 18. *cap.* 12. *Donellus lib.* 8. *cap.* 29. & sequaces quorum sententiam doctè, ut solet, & ingeniosè defendit *D. Melchior de Valenza tract. illustr. lib.* 1. *tract.* 1. *cap.* 4.

3 Sed *Faber* in hujusmodi quæstione varius est, & inconstans; nàm hic repetitionem concedit, eamque locum habuisse vult etiam ante *Divi Pij* Rescriptum, alibi verò scil. *lib.* 18. *cap.* 14. & sequentibus negat repetitioni fuisse locum etiam post *Divum Pium*; ideòque à *Justiniano* primò inductam in *l. unica C. de caducis tollendis*. Sed Nos, quæ hic affert, discutiamus: reliqua, Deo dante, ad *lib.* 18. *cap.* 14. dicturi.

4 Et quidem quod adversus *Cujacium* movet *num.* 3. & 4. etiam antè *Divum Pium*, *Juliani*, & aliorum Juris Consultorum judicium fuisse, ut legata Repetita censerentur à substituto cohærede, verum quidèm est, sed distinctiùs explicandum fuerat, dicendumque

Juris Consultos, & inter ipsos magni nominis *Julianum* eum vidissent ex repetitione legatorum apponi solita in testamentis, & ex aliis conjecturis eam testatorum omnium mẽtem esse, & voluntatem, ut legata, quæ ab instituto relinquebantur, etiam cohæres, qui vigore substitutionis succedebat præstaret, repetitionem legatorum admittendam, ut plurimùm Respondisse, ut videri potest in *l. 1. §. id, quod ex substitutione D. ad l. falcidiam*, & similibus, cum autem hæc *Juliani*, & reliquorum sententia, cujus reliquiæ, etiam in *l. si sic legatum, 75. D. de legatis 1. in l. legatum 25. in fine D. de delib. leg.* placuisset *Antonino, & Severo* illam nedùm speciali Rescripto cõfirmarunt, sed etiam ad cohæredes illos, quibus
5 non ex vi substitutionis, atque ità ex aperto defuncti judicio, sed ex vi Juris accrescendi, portio cohæredum obveniret, item ad legitimos hæredes, quibus ab intestato pars fideicommisso onerata perveniebat, protraxerunt, id verò *Imperatores* fecère, nedùm ultrà *Juliani*, & Juris Consultorum sententiam; sed hoc ipsum constituendo etiam respectu legitimorum hæredum, adversùs eam; nam Jur. Consulti alitèr dicendum volebant in legitimis hæredibus, quam in hæredibus ex testamento, & distinctionem inter hos faciendam existimabant, ut *Paulus* post *Proculum* ostẽdit in citata *l. 1. §. si cohæredi*, & quanquam fassus contrà ipsum *Divum Pium* rescripsisse, fassus tamen, modo quodam loquendi usus, quo id à se non admodùm probatum ostenderet, sic nanque loquitur, *sed & Divus Antoninus judicasse dicitur*, quasi non ipse legisset Rescriptum, quasi de illo ad alterius relationem, & dictum standum foret quando vulgatum erat, ut videre est in *l. licet Imperator 74. D. de leg. 1. l. si Titio, & Mevio 61. §. 1. de leg. 2.*

6 Hoc autẽ ipsũ scilicet quod *Divus Pius* sũpta occasione à *Jul.* sententia ultra, & adversùs illam postea statuerit ostenditur ex *Vlpiano in d. l. si Titio 61. D. de leg. 2.* nam ibi scriptũ *Julianus quidem ait, si alter ex legitimis hæredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, cohæredem ejus non esse cogendum fideicommissa præstare, portionem enim ad cohæredem sine onere pertinere, sed post rescriptum Severi quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis* debentur, *& hic quasi substitutus, cum suo onere consequetur accrescentem portionem.*

7 Idem quoque constat ex rescripto *Dioclet. & Maximil. in l. non justam 4. C. ad Trebell.* in quo Imp. portionem deficientem cum onere fideicommissi alteri portioni accrescere faciuntur; tractàt nanque ibi dè accrescendi jure, ut indicant verba illa, *ut ad alium nepotem, eumdemque cohæredem devolvatur*. Et adijciunt *cum D. Antonino parenti nostro deberi etiam a substitutis fideicommissum cõtemplatione judicij testatoris quasi tacitè ab his repetitum jam dudùm placuerit.* in quibus vidẽtur Imperatores substitutos appellasse eos quos magis propriè, & significantèr *Vlpianus* in citata *l. si Titio 61.* quasi substitutos dixerat, ea de causa, quia cum *Antoninus, & Severus* omnes illos, quibus pars onerata obveniret, ad instar substitutorum coercẽdos voluère, usurpari cæptus est modus ille loquẽdi, quod voluit *Antoninus*, ut legata à substitutis repetita forent, quo & cohæredes accrescendi jure, & legitimos hæredes comprehensi sunt, ut jam pares substitutis, & ad instar substitutorum effecti sive quasi substituti sint; ut suprà *Vlp.* dixerat. alioquin si diceremus de substitutis dumtaxàt *Antoninum* Rescripsisse, sequeretur malè *Vlpianum* hoc Rescriptũ *Juliani* sententię opposuisse, & à substitutis ad legitimos hæredes ampliasse. Hęc autem cum ita sint concludere nos debemus, ut priùs dicebamus, & constat etiam ex hac *l. non justam 4.* quòd *Antoninus* voluit à quibuscumque repetita legata censeri, & quod propterea in proposita specie portionẽ per jus accrescendi devoluta cohæredi cum onere devoluta censeri, rescripsère *Dioclet. & Maximil.* id quod ex jure jam obtinente, & constituto rescripsisse non novum ipsi cõstituendo, ut malè credidit *Hubertus Giphanus in Comment. in Codicem* ad hunc locum satis ex supradictis apparet.

8 Ex his autem, quæ diximus cum constet, quod quanquam *Julianus* repetitionem admisisset in substituto cohærede non eandẽ tamèn admiserat in succedente per jus accrescendi, Deducitur errasse *Fabrum*, dum *num. 5.* scribit circa portionem quæ perveniebat per jus accrescendi ad cohæredem, quod legata repetita censerentur *Julianum* sentijsse: Siquidem falsum hoc est: etenim *Pius* quidem, & *Severus*, & ex *Cassianis* forsan aliquis Juris Consultus (licet non ex his *Celsus*, ut infrà demonstrabo) repetitionem admisère in conjuncto id non tamèn *Julianus*, qui loquutus tãtum de substituto est nèc quod *Vlpianus* dicat in citata *l. si à Titio Julianũ* existimasse in legitimis hęredibus quod uno eorum repudiante portio pertineat ad cohæredem sine onere, rectè deducitur; ergo *Julianus* alitèr sentit in hæredibus testamentarijs; nàm hæc consequentia nullo nititur fundamento, aut conjectura, pręsertim quãdo *Vlpianus* omsit ea quæ de hæredibus testamentarijs *Julianus* scripserat, & sermonem incipit facere de hæredibus ab intestato succedentibus, & quæ ab eo dicta in proposito retulit.

9 Et rursùs dùm ex *Paulo* in citata *l. 1. §. id,*

quod,

quod, & §. si cohæredis habemus quod *Julianus Proculo* assentitus sit, cum portio onerata per jus accrescendi portioni alteri accreverit, nullo modò poterit dici cum *Fabro Julianum* sentiisse admittendam repetitionem legatorũ, si portio portioni accrescebat. hinc in illis verbis *Pauli*, *sed ea quæ ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non negabuntur*, de jure accrescendi loquutum nemo negabit, nam nec *Faber* id negat hic sub *n*.7. unde veluti indubitatum à *Gothofredo*, alijsque adnotatum extat, adeò ut mirati contingat do-

10 ctissimum *Osualdum* alitèr sentiisse in notatis ad *Donellum Comment*.8.*cap*.23. *lit.D.* eo colore, quod totus §. de substitutione sit: quãdo animadvertere debuerat, vel ex adversativa illa (*sed ea quæ ab eo legata sunt*) indicare, quod licet in principio §. de substitutione *Paulus* dixisset, deindè ad speciem alteram de jure accrescẽdi trãsgrediebatur, nèc scrupulũ facit vocula (*ab eo*) nàm illa non continuat sermonem de substitutione tractantem, sed continuat illum de cohærede, cui & si portio accrescat, non facit quin cohæres non dicatur, unde non inepte ita locutus J. Consultus: *Sed quod ex substitutione cohæredis ad cohæredem pervenit, proficit legatarijs: at quod ex omissione hereditatis pervenit ad eundem, non proficit; nam legata non augebuntur.*

11 Neque dicas *Paulum* non de portione repudiata, sed de portione defecta loquutum: (ut *Faber num*.10. alijque dicebant) nàm obstabit, primò verbum vindicate, quo Juris Consultus utitur, non enim pars, quæ deficit; sed pars quæ repudiatur, vindicatur; ut benè *Osualdus* ponderabat; secundò obstabit, quod pars, quæ deficiebat, non cohæredi accrescebat, sed à Fisco tunc capiebatur, ut *Justinianus* testatur *in l.unica C.de caducis tollendis*. Er palam fit ex eo quod *Divus Pius* voluit Rescriptom suum, & ad fiscum quoque capientem portionem deficientem, pertinere, ad hoc ut eam cùm suo onere capetet, ùt notat *Vlpianus in fragm.tit*.17. ibi *Hodie ex Constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur; sed servato jure antiquo liberis, & parentibus caduca cum suo onere fiunt, ideòque, & libertates, & legata, & fideicommissa ab eo data, ex cujus persona hereditas caduca facta est, salva sunt*. Sivè ut nobis restituit citata verba *Cujacius*, *omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure aliquo liberis, & parentibus. Hodie ex Constitione Imperatoris Antonini caduca cum suo onere fiunt, ideòque libertates, & legata*, & fideicommissa ab eo data, &c.

12 Sed ut apertius *Paulũ* intelligamus, oportebit nos ponere, fuisse olim inter *Cassianos*, & *Proculianos* disputatum, an quotiès per jus accrescendi, ad portionem cohæredis portio repudiata pervenisset, integra legata deberentur, nam *Cassianis* commiscendas portiones ambas, & deberi legata placuit; cum contrà visum foret *Proculianis*, qui ideò ad onus cohæredis, & si alteram portionem cõsequuti, non augeri legata contẽdebant. At *Divus Pius*, *Cassianis* adhæsit, & augeri legata voluit: Salva tamèn hæredi falcidia, ut ex *Gajo* intelligimus in *l.si alterutro* 78. *D. ad legem falcidiam*, atque ita constituit.

13 Sed quæres. si ità est quomodo *Celsus* Respõdet in *l.pater meus* 29. *D. de leg*.2. item in patris sententiam, ut cum, Octacilius Catulus, filia hærede ex asse instituta, libertę ducenta legasset, &c. dùm scimus, *Celsum* antè *Divum Pium* vixisse? an oportebit dicere etiam antè *Divum Pium* legata repetita, cum portio portioni accrescebat? Respondeo quẽdam scripsisse quod cum *Celsus* ex *Cassianis* fuerit, ejusve sententia abrogata fuerit à sequenti Rescripto *Antonini*, placuit compilatoribus eam interpolare, & immutatam in Pandectis reponere; hæc tamen Responsio nõ placet, & potiùs dicerem decisionẽ ad propositã à *Celso* speciem, fuisse ex speciali ratione desumptam, & ex conjecturata testatoris mẽte, & personarum affectione; cum tamen aliàs sciret J. Consultus generalem Regulam in oppositum stare, quod indicat modus ille quo *Celsus* utitur in quo accuratè nomina personarum, & facti circumstãtias profert, authoritatem etiam paternam præfert, & rei judicatæ formã; id notãs tanquàm aliquod singulare, & non obvium, aut ex communioribus regulis, & receptis definitum. Et sanè quod

14 idem *Celsus* scribit *in §. ultimo eiusdem legis*, filium legatum non præstare, quod jure antiquo capit, non indicat Credidisse cum aliter dicendum esse in exttaneis, & hos legata præstare debere, hoc enim cum primus *Divus Pius* generalitèr constituerit nosci à *Celso* qui ante illum vixit non potuit, sed dixit Jure Antiquo filium capere, & legata non præstare, facta relatione ad leges Caducarias, quæ suo tempore obtinebant. Nam cum jure antiquo, idest eo jure quod ex Prudentum interpretatione fluxerat, pars defecta, aut repudiata accresceret sine onere, jure vero per leges caducarias constituto fieret caduca, & fisco applicaretur, & visum fuerit ab his legibus Caducarijs relicta filijs, & conjunctis personis excipere, atque ita respectu horum jus antiquum non immutatũ dici cæptum est, filios aliosque conjunctos jure antiquo capere, ut constat ex *Vlpiani* locis in *frag.tit*.17. & in *tit.qui habeant ius antiquum in caducis*. indicat igitur *Celsi* Responsum in *d.§.ultimo*, nõ quod ipse repetitionem admisit, aut ejusdem sententiæ cum *Juliano* fuerit, sed quod iure antiquo, idest ante leges Caducarias obtinen-

tinente, & quo jure filius capiebat, pars fine onere ad filium perveniebat.

15 Neq; his obstat tex. in *l. ab ea 9. D. de usufr. legato*, in cujus specie legatario prædefuncto, aut repudiante, hæres penes quem legatum remanet vsumfructum à legatario relictū præstat, Non obstat fanè; non quia, ut *Faber* hic *n.* 13. scribit id in militis testaméto, ut postrema verba indicant, observandum dumtaxat esse, nam & si de militis testamento mētio, adhùc quæ dicuntur adeò generalia sunt, ut casus præcedentes idest mortis, & repudiationis comprehendere possint, & absolutè proferant (*hæres tamèn, penes quem usufructus remanet, fideicommissum præstat.*) sed ideo non obstat; quia cum *Vlpiani* Responsum sit, idest ejus qui post *Divum Pium* Respondebat, non potest ex eo elici quod antè *Divum Pium* obtinuerint ea, quę ab ipso primū adeo generalitèr sancita toties diximus, quod autem, & *Modestinus* post *Divum Pium*, & ipse fuerit, facit ut nec dictis objici possit, quod ab ipso responsum extat in *l. Modestinus* 19. *D. de adim. legatis.*

16 Sed quanquàm non desint ex veteribus Interpretibus, qui *Divum Pium* primum generaliter constituisse, ut legata ab institutis relicta deberentur à substitutis, & cohæredibus observaverint, antè *Cujacium*, *Alciatum, & Donellum*, & id scripserint post *Gloss. in l. pater* 29. §. *quod alicujus D. de leg. in l. si Titio* §. *Iul.* supra citata, & in *d. l. non justam*, & post *Cumanum* in citata *l. licet Imperator*, attamèn postea omnes ferè, & communiter ita rem totam explicant, ut vix locum relinquāt *Divi Pij* Rescripto; Siquidem, & si fateantur cautum in eo esse, ut legata ab instituto relicta à substituto deberentur, tamèn rem omnem ex testatoris voluntate pendere volunt, eamque conjecturis assequendam esse, vt apud *Bartolum* edocemur *Castrensem, Salycetum, & Jasonem* in repetitionibus ad dictam *l. licet Imperator* 14. *D. de leg.* 2. & passim, quod

17 ipsum etiam Nostri *Pragmatici* sentiunt, unde toti sunt in conjecturis disquirendis, utrū testator repetita voluerit legata, nec nè, ut videre est apud *Menochium lib.* 4. *præsum. præsumpt.* 108. *Manticam lib.* 8. *de conjecturis ult. vol. tit.* 2. *n.* 15. *Peregr. de fideicomm. art.* 16. *nu.* 59. *Mascardum de probat. col.* 1171. *Intrigl. de subst. cent.* 1. *q.* 56. *Simon de Petris de interpretat. ult. volunt. n.* 49. *fol.* 426.

18 Inter conjecturas autem, quibus ostendatur noluisse testatorem legata repetere eam potissimam Practici esse dicunt, si legata nominatim ab instituto reliquisset; Nam videtur (ut illi ajunt) institutum tantummodò elegisse, ab eoque voluisse legata præstari, & ex hoc nasci ut testatoris volūtate interpretata, substitutus immunis fiat, ita ratiocinantes post interpretes citatos, aliosque adductos, & sequutos à *Fusario de subst. q.* 644. *n.* 8. *à Franco dec.* 1. *n.* 3. & ab *Amendola* ibidem *n.* 3. &

19 *sequentibus* Quod tamèn non contingit si ab instituto quidem legasset testator, sed ab instituto per errorē, quoniam credebat illū fore sibi proximiorem agnatum, errore enim detecto ptoximior, qui succedit, & si à lege vocatus, legata tamen solvere tenebitur, ut rectè ex *Barry de successionibus lib.* 6. *tit. de institutionibus n.* 9. *& Peregr. de fideicom. art.* 2. *n.* 9. *de Luca* adnotavit ad *Francū* probaturque ex superius explicata *l. non justam*, quod in feudorum successione docuerant *de Ponte cons.* 52. *n.* 12. *lib.* 1. *& Reg. Merlin. contr.* 81. *cent.* 2. quorum idem meminit. Cæterū prius dictum de legatis nominatim relictis non Repetendis plerique limitant favore piæ causæ post *Tiraquellum de privileg. pia causa privil.* 36. Itèm limitant in militis testamento post *Menochium* 4. *præsumpt. præsumpt.* 14. & alios apud eundem *Amendolam n.* 18.

20 Verùm enimverò conjectura hæc ex denominatione desumpta licet possit fulciri ex *Celso in l. pater* 29. de qua supra. Nàm *Celsus* existimabat id, quod ab hærede nominatim fideicommissum fuerat videri posse testatorē ità demùm dari voluisse, si ille hęres extitisset, ut *Faber* explicat hoc loco *num.* 12. attamèn à *Paulo in l.* 1. §. *id, quod ex sub. D. ad l. falcidiā.* & ex *Divi Pij* rescripto omninò subvertitur, quod etiam *Faber* fatetur.

21 Sed supradictis addunt Nostri, quod legata relicta ab instituto tùnc à substituto præstanda sunt, cum is pleno jure succedit, non verò cum in aliqua parte, ut apud *Franc. decis.* 58. *n.* 10.

22 Et denique ad id, quod dicebamus ex tex. in *l. ab eo* 29. *D. de usufr. leg.* adnotari solet, quod si legatarius, à quo fideicommissum relictum est antequàm legatum accipiat decedat, adeò ut legatum penès hæredem remaserit, hæres fideicommissum præstabit *Peregrin. de fideicomm. art.* 76. *n.* 89. *Gallus de except. successionib. tit.* 4. *excep.* 24. *num.* 5. *par.* 2. unde Regula, quod legato caduco effecto, remanet fideicommissum super eo factum, & suo tempore debetur *Gurdon Papa quæstione* 424.



CA-



CAPUT XIV.

Quid Goveanus senserit circa lectionem l.2. & 3. D. ad S. C. Trebell.

SUMMARIUM.

1 *Adversus Goveanum Faber disputat.*
2 *Sed ipse Graviores admittit errores.*
3 *Verba textus.*
4 *Additur aliud Responsum.*
5 *Explicantur iura adducta.*
6 *Ad ea non benè adaptatur distinctio.*
7 *Reicitur Fabri emendatio.*
8 *Quid Nostri.*
9 *Non admittunt Goveani distinctionem.*
10 *Heres deducet quod solvit.*
11 *Si hares nominatim legatum solvere fuerit jussus non deducet.*
12 *Quid dicendum cum testator instituerit aliquem in toto; deinde legaverit hareditatis majorem partem? & hanc ex toto decidere Nostri volunt.*

1 ADversùs *Goveanum*, qui, ut in speciebus tractatis à *Celso in l.2. à Marcello, & ab Vlpiano in l.3. D. ad Trebell.* defenderat, circà præstationem legatorum, distinctionem illam, utrùm testator, qui quattingenta in bonis habebat, & centum legavit, hæreditatem restituere jusserit simplicitèr, an deductis legatis: & ideò integram clausulam ad *l.2.* addere voluit, contrà nedùm omnium Codicum fidem, & contra omnem verisimilitudinem,
2 disputare cæpit *Faber* in præsenti cum tamèn & ipse emendationem comminiscitur, quæ (& si in paucioribus verbis eadem vitia, & majora habeat.) *Celsus* itaque in *l.2.* sic ait: *Qui quatringenta reliquit, Titio trecenta legavit; haredis fideicommisit, ut tibi hareditatem restitueret, isque suspectam jussu pratoris adijt, & restituit, quarebatur quid legatario dare deberes: dicendum est: quia præsumptum est voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui, tota trecenta te dare Titio debere, nam hares hoc rogatus intelligi debet, ut te loco suo cōstituat, & quod hares perfunctus omnibus hareditarijs muneribus (idest post legatorum dationem) reliquum habiturus foret si non esset rogatus, & tibi restitueret hareditatem: id tibi restituat. quantum ergo haberet? nempe centum. hac ut tibi daret rogatus est; itaque sic ineūda est legis falcidia ratio quasi hares trecenta Titio dare damnatus, tibi centū dare damnatus sit. quo evenit, ut si hareditatē sua sponte adijsset, daret Titio ducenta viginti quinque, tibi septuaginta quinque non ergo plus Titio debetur quam si injussu pratoris adita hareditas foret.*

4 Sed cum ita non satis claré, aut non satis rectè responsum ad propositam quæstionem judicatet *Tribonianus*; alterum prædicto ex *Vlpiano, & Marcello* Responsum subiecit ibi in *l.3. Marcellus autem apud Julianum in hac specie ita scribit, si ad haredis onus esse testator legata dixerit, & hares sponte adijt hareditatem ita debere computationem falcidia iniri, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta vero legata, ut in septem partes trecenta dividantur, & ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius, quod si suspecta dicta sit hareditas, & non sponte hares adijt, & restituit: centum quidem de quatringentis qua habiturus esset hares resīdet apud fideicommissarium, in reliquis autem trecentis eadem destributio fiet, &c.*

5 Hæc Juris Consulti, ex quibus intelligimus, primò apud utrumque proponi hæredem fuisse rogatum, restituere, deductis legatis, nam id exprimunt apud *Marcellum* verba (*si ad haredis onus esse testator legata dixerit*) apud *Celsum* verò important illa (*quod hares, perfunctis omnibus hareditarijs muneribus, idest post legatorum dationem reliquum habiturus foret.*) Cæterùm ex his explicandum erit, quod prius dixerat idem J.Consultus voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui, atque ita explicandum, ut intelligamus non quidem ut vulgò fit, præstandum fideicommissum cum onere injuncto fideicōmissario solvendi legata, sed fideicommissum restituendū cum onere legatorum, idest deductis legatis jam ab hærede exsolutis; nam prius solvere legara hæredem voluit testator, postea fideicommissum restituere fideicommissario, nec hujusmodi loquendi modus in jure infrequens, ut quod alicui datur, sed datur jam imminutum à falcidia detracta, aut à credito exsoluto, aut à legatis præstitis; dicatur dari cum onere falcidiæ, aut debiti, aut legatorum; sentit enim onera, & si detracta is qui accipit, quoniam
6 ejus quod accepit sentit diminutionem ob onera. Cæterùm, si quam maximè excogitata distinctio esset recipienda inter hæredem simplicitèr Rogatum restituere, & Rogatum deductis legatis: adhùc illa ad Responsa adducta parum faceret, quoniàm in utroque eorum, deductis legaris hæres jussus restituere proponitur, atque idipsum in utroque dicendum foret, quod miror *Goveanum*, & *Fabrum* non observasse.

7 Secundò si ubi *Celsus* ait (*non ergò plus Titio debetur, quàm si injussu Pratoris adita hareditas foret*. Reponeres cum *Fabro* affirmativè. *Nunc ergò plus Titio debetur, quam si in-*

injussu Prætoris adita hæreditas foret, nedùm irreconciliabilem antinomyam intèr *Celsum* ipsum, & *Vlpianum*, sivè *Marcellum* constitueres; nàm *Marcellus* disertis verbis scribit, (*iniquissimum est plus ferre legatarium, eo quod suspecta dicta est hæreditas, quam laturus esset, si spontè adita fuisset.*) Sed etiã sibimetipsi *Celsum* adversantem faceres; nàm cum suprà ipse *Celsus* apertè pronunciasset in proposita sibi specie de illo, qui jussu Prætoris adijt; quia suspectum dixerat, videri rogatum eum Titio trecenta, & fideicommissario centum restituere; quoniam & hæc centum habiturus foret, si non restituere rogatus fuisset; atq; ita voluerit hæredem quartam ex legato trecentorum, item quartam ex centum ob fideicommissum præstanda, deducere posse, itàut legatario tantùm ducenta vigintiquinque præstet; quomodò posteà idem *Celsus* dicet plus Titio legatario deberi, quàm si injussu Prætoris adita hæreditas fuisset, & quomodò plùs debebitur, si nonnisi trecenta vigintiquinque debebuntur? Sed hæc satis à nobis; nàm latiùs adversùs hanc emendationem licèt in alijs *Fabro* adhæreat, disputat *Andreas Kohol exercitat. legalium exercit.* 20. *num.* 53. & de conciliatione horum Jurium eorumque intellectu nos egimus in nostris *Suspicionum* libris ex quibus petat qui volet.

8 Ad Nostros itaque deveniendo sciendum erit, quod ex hac *l.* 2. & ex *l.* 3. *D. ad Trebell.* deducere solent, quod legata particularia in computatione falcidiæ contribuuntur. Cum fideicommisso universali, quod tanti æstimatur, quanti tota valet hæreditas, idvè post *Bartolum*, *Alexandrum*, *Soccinum* tùm hic, tùm ad *Leum filio de legatis* 1. *& Grassum recept. sentent.* §. *falcidia quæst.* 3. *& §. Trebelliamca quæst.* 10.

9 Sed circa *Goveani* distinctionem tàm si simpliciter testator jusserit hæredem restituere, quàm si deductis legatis id voluerit semper *Interpretes*, & *Pragmatici* contendunt posse hæredem ex fideicommisso, legata deducere, idve probari autumant ex *l.* 1. *C. ad Trebell.* & latiùs tractant *Menochius consf.* 183. *num.* 34. *Peregr. de fideicommissis art.* 34. *num.* 9. *Surdus consf.* 291. *num.* 6. & alij relati, & sequuti à *Fusario quæst.* 667. qui nedum ibi-

10 dem *num.* 2. Sed & *quæst.* 665. *num.* 2. idipsum ampliat etiam si hæres non fecisset inventarium, nàm adhùc poterit, quod pro legatis solvit ex bonis restituendis deducere, & rursus *num.* 3. ampliat quoque etsi testator prohibuisset hæredi omnem, & quamcumque detractionem, ut advertunt *Ruinus consf.* 135. *lib.* 3. *Brunus consf.* 6. *num.* 2. *Decius*, *Menochius*, *Cephalus*, *Cravetta*, & alij ab eodem *Fusario* adducti.

11 Idem tamen *Fusarius* limitat supradicta notabilitèr sub *num.* 9. si legata fuissent nominatim ab ipso hærede relicta, post *Glossam* ad hanc *l. Marcellus*, *Manticam de conject. ultim. volum. lib.* 8. *tit.* 2. *num.* 7. *Phanucium de invent. par.* 7. *num.* 48. *Rotam Romanam decis.* 870. *colum.* 2. in antiquis *Cravettam*, *de Pratis*, aliosque; quorum tamèn assertionem *num.* 11. declarat ex *Eugenio consf.* 36. *n.* 17.

12 Portò ad hanc eandem materiam *l. Marcellus* adnotandum erit, quod si testator post quàm unum in tota hæreditate instituerit, alteri rem quandam vel quãtitatem legaverit, quæ tamen majorem hæreditatis partem absumat, quantitas illa aut Res decidet ab hæreditate tota, quæ fuerat priori assignata, ut ex *l. quoties ubi dos C. de hæred. instit.* juncta *l. legatum D. de legatis* 1. Nostri probari volunt. Item ex *l.* 1. §. *si is qui*, *& ex hac nostra l.* 2. *D. ad Trebell.* ad quam *Repetentes*, & denique ex *l. ex facto D. de hæred. instit.* At cum huic assertioni quædam obstare viderentur, *Bartolus* distinguendum voluit, an quod secundo fuit assignatũ fuit per nomen qualitatis, an vetò aliter ut videre est apud ipsum in *l. cum quæstio D. de hæred. instit.* & apud *Alexandrum*, *Fulgosium*, *Jasonem*, & *Corneum* ibidem, & apud *Vasquium de success. progressu lib.* 1. §. 1. *nu.* 78. sed *Andreas Kohol. in citata exercit.* 20. *num.* 50. *vers. Amplia.* 7. multo meliùs rem omnem explicat, & ad contraria Respondet.



CAPUT XV.

Retinetur recepta lectio in §. ultimo l. 1. D. de leg. 3.

SUMMARIUM.

1 *Regula generalis de repetit. legatorum post D. Pij rescriptum adhùc limitanda.*
2 *Præcipuè in specie Vlpiano proposita in §. ult. l.* 1. *D. de legati* 3.
3 *Fabro id non placet ideoque emendat textum.*
4 *Refellitur illius ratiocinatio.*
5 *Altera Fabri objectio.*
6 *Reijcitur.*
7 *Explicatur Rescripti Antonini tenor, & intentio.*
8 *Non potuit idem de successore legitimo in ulteriori gradu cum quis decidit intestatus dici quod dictum de eo qui testamentum condidit.*

1 ET si verissimum sit, quod suprà *cap.* 13. scripsimus *Divum Pium* sententiam *Juliani*,

liani, aliorumque Juris Consultorum, qui volebant cohæredem substitutum præstare legata ab instituto relicta; novo Rescripto protraxisse, & generalitèr locum habere voluisse, si per viam juris accrescendi, aut per legitimam successionem ab hærede scripto ad alterum pars legatis onerata obveniset: non tamen dicendum erit Imperialem hanc provisionem locum obtinere semper, & in quocumque successore quomodocumq; successerit: adeòut nullus casus sit, in quo legatum, aut fideicommissum semèl relictum præstati non oporteat; siquidem omissis alijs ca-
2 sibus, quos Interpretes adducere solent, in hoc certè quem *Vlpianus* optimè Imperatorũ suorum jussa sciens attulit in *l.* 1. *§.ultimo D. de legatis* 2. in his verbis (*illud certè indubitate dicitur. Si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, eum fideicommissum non debere, & ita Imperator rescripsit* Repetitioni legatorum non esse locum certissimum est.

3 *Fabro* tamen id non placet; & contendens in specie quoque proposita fideicommissum deberi; à citatis verbis negationem dispungit. Sed quàm frivolis Rationibus videamus.

4 Et primò ait pugnare lectionem negativam cum ipsamet lege, nam in ea paulò ante scriptum est, posse quem fideicommittẽdo eorum ad quos in morte sua aliquid perventurum sit fidem eligere, nec tantùm proximi bonorum possessoris, verum, & inferioris; sed non vidit *Faber* quæstionem non esse, an testator potuerit id agere, quis enim id negat, aut quis non concederet, quando sive primi gradus, sive inferioris successor sit fideicommisso gravari posse exploratum est; sed quæstionem esse utrum supposito, quod primi gradus successorem nominatim gravaverit; Si successio ad inferiorem gradum devolvatur hunc etiam gravare voluisse credendum sit, hoc autem longè diversum à primo est, nèc ab illo pendet; quoniàm incpta foret ratiocinatio, potuit, & hunc inferioris gradus successurem gravare: ergo gravavit.

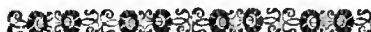
5 Urget *Faber*, & ait Rescriptum Imperatorum nullum esse, qui deberi fideicommissum in proposita specie neget, cum contrà adsit illud de quo totiès diximus, & ab eodem *Vlpiano* relatum est in *l.licèt Imperator* 74. *D.de legatis* 1. in quo licèt Imperator nominatim sanxerit de substituto, atque ità de successione ex testamento, attamen fuit illud per prudentum Interpretationem ad legitimos etiam successores porrectum; dum passim scripsère ob rescriptum illud etiam legitimum successorem legata, & fideicommissa relicta ab instituto debere.

6 Sed contrà, nam primo quis *Fabro* revelavit Rescriptum, quod negaverit repetitionem in specie, de qua agimus, fideicommissi nullum extitisse, vel peculiare, vel in primo, & famigerato illo, de quo toties J. Consulti, nõ insertum, quando *Vlpianus* apertis verbis affuisse asseverat, an magis *Fabro* post tot sæcula, & quæ sibi in mentem veniunt scribenti, quàm *Vlpiano* testi oculato credendum erit. Secundò quis etiam revelavit eidem *Fabro* Rescriptum illud, de quo in *l.licet Imperator*, dumtaxàt de substituto loquutum, & prudentem Interpretatione postea protractum ad legitimum successorem? & quomodo potuissent Prudentes Imperatorum rescripta ultro protrahere, & multò magis lata circa causam testati porrigere ad causam intestati, & producere ad rem tàm longè distãtem, ut est ex volunrate, & judicio testatoris succedere, & succedere citrà voluntatem testatoris per legis dispositionem, cũ sanè non esset hoc tam leges latas producere quam novas facere. Denique si ideo *Juliani* sententia retineri post *D. Pium* non potuit, quia illa legatorum repetitionem admittebat in cohærede substituto dumtaxàt, & excludebat in successore legitimo, oportet omninò asseverare, quod *D.Pij* Rescriptum etiam de legitimis successoribus egerit, & non de solis substitutis loquutum sit; nã sanè ideò Rescripto illo opus, & ne per interpretationes, & ambages Respondendum foret, cum alioquin, si quod *D.Pius* admiserat in substituto, potuit ad legitimum successorem per interpretationem Prudentum produci; idipsum potuisset de eo quod *Julianus* dixerat si uterque eadem tradidisset.

7 Igitur cum primus *D.Pius*, & in substituto, & in cohærede, & in legitimo successore locum habere repetitionem legatorum, & onera fideicommissorum constituisset, hoc tamen ita constituit ut sequi se testatoris voluntatem ostenderet, eamque ita interpretari ut ex eoquod legata aut fideicommissa ab uno ex hæredibus relicta; credendum sit, & à substituto, & à cohærede, & à conjuncto, & ab eo, qui ab intestato proximè succedebat relinquere eadem voluisse; nàm & de his omnibus cogitasse verisimile Imperatori visum fuit, cæterùm si hujusmodi conjecturæ locus esse non possit, omninò deficiente voluntate, quoniam ad eum devoluta successio est, de quo ne cogitasse quidem testator potuit cum intestatus moreretur, tunc dicendum, nedum ex alterius Rescripti tenore, sed vel ex hujus de quo agimus, nõ esse repetitioni locum, & si non idem dicamus in specie ejus qui testamentum condidit nam quoniã verisimilitèr dubitare qui testatur potest, an testamentum propter requisitas sollemnita-

res, & juris censurâ invalidam fit vereriq;de hoc verisimilitèr debeat, poterimus dicere cogitasse eum de proximo successore, & ab eo præstari voluisse legata nos eredere, & conjectari ad quod spectat alterum *Vlpiani* respõsum in *l. Titio 61. de leg. 2.* & ratio quia qui ab intestato decedit; tantum de proximiore agnato cogitat, qui testamentum facit de instituto cogitat, & de agnato, hinc quoniam ita erat, aut ita esse prudentèr existimabatur; *Antoninus* in successione devoluta ab instituto ad successorem intestato, voluit repetitionem porrigere quia ita velle testatorem credidit:at in successione legitima à primo ad ulteriorem gradum transeunte,noluit, quia non adesse testatoris voluntatem quam sequeretur credidit.ex his autem evidentèr concluditur quod si nõ adesset negatio in hoc §. & affirmativè in eo scriptum videremus *eum fideicommissum debere*, adhùc ultrò arcessenda, & inserenda foret in tex. ut benè *Osualdus* notat ad *Donellum Comment. 8. c. 8. lit. B.* qui & ipse quoque adversus *Fabrianam* hanc emendationem disputat, & acutè ut solet.

Sed cum hæc in *Neotericorum* gratiam dicta sint, si quis quod *Pragmatici* volunt scire desiderat, adeat quæ diximus supra *cap. 13.* & quæ *Franeus in d. decis. 1. & Amendola, & Luca* addidère.



CAPVT XVI.

Explicatur §. tamdiù legis qui bona 23. D. de acq. rerum dom.

SVMMARIVM.

1 *Tex. Vlpiani in l. qui bona 23. §. generalitèr D. de acquir. rerum dominio emendandum voluit Cujac.*
2 *Fabri altera emendatio ad §. tamdiu ejusdem legis.*
3 *Impugnatur, & plura obstare demonstratur.*
4 *Tex. difficilis Neotericis, facilis veteribus Interpretibus.*
5 *Ab eo qui bona fide servit cum non sit servus, ad eum qui procuratorem gerit, cum non sit procuratur, transeunt Nostri.*
6 *Falsus procurator in his quæ gerit acquirit vero domino si ille ratum habuerit.*
7 *Cum quis utitur jure sibi per alium quæsito, oportet ut utatur cum omnibus qualitatibus.*

1 QUod ex *Vlpiano* scriptum extat in *l. qui bona 23. §. generalitèr, & §. si quis duobus D. de acquirendo rerum dominio*, *Jacobus Cujacius* emendandum esse voluit suarum observationum libris, & *Faber* nedum ei assentitur hic, sed & emendatione egere §. *tamdiu ejusdem l. 23.* existimat. At nos, qui adversus *Cujacii in Suspicionum libris* disputavimus, & quomodo idem §. *tamdiù* possit commodiùs emendari docuimus; nunc pauca tantùm ad refellendam *Fabrianam* emendationem adducemus.

Itaque ubi scriptum extat *tamdiù autem acquirit, quamdiù bona fide servit. Cæterùm si caperit scire esse eum alienum, vel liberum videamus, an ei acquirat. Quæstio in eo est, utrum initium spectemus, an singula momenta, & ma-*
2 *gis est, ut singula momenta spectemus.* legendum *Faber* vult. *Quæstio in eo est, utrum initium spectemus, an singula momenta, & generalitèr dicendum est, quod ex re sua, hoc est ejus, &c.* atque ità dispungendam totam clausulam illam, *& magis est, ut singula momenta spectemus.*

3 Sed huic emendationi obstat primò, quod tota hæc clausula non imperito Interprete, sed *Vlpiano* redolet elegantissimo Juris Consulto. Secundò quod nunquàm effici potuit, ut tot verba ex ora libri in textum irrepserint. Evenit enim id quandoque, sed in voecula una, evenit, sed in negativa aliqua, vel affirmativa, non tamen in pluribus verbis, & integra clausula. Tertiò si inter liberum hominem bona tamèn fide servientem, & servum licèt alienum omninò statuenda differentia est; quoniàm liber homo acquisitionis est capax; ideòque & sibi acquirere potest, servus contrà omninò incapax, ut *Cujacius* fatetur; dum ideò in §. *generalitèr* scribendum voluit (*aut si liber sit, sibi, an vero ei, cui bona fide servit*) fatetur & *Faber*, qui & si receptam lectionem defendi posse autumet, eadem tamèn explicatione utitur, & idipsum asseverat: cur non debuit *Vlpianus* de libero homine dicere, *& magis est, ut singula momenta spectemus*? Cæterùm omninò ità ab eo respondendum fuisse ipsimet *Faber*, & *Cujacius* faciunt, statuentes in eo diversum ab homine libero servum, quod in servo initium spectamus; & proinde Domino suo, non acquirit, nisi illum demum à possessore evincat *l. qui scit §. ult. D. de usuris*: in libero autem spectamus singula momenta; quoniàm is sibi potest acquirere. Quartò obstat, quod si clausulam tollas nedùm œconomiam omnem textus invertes, & §. sequentem à principio distinctum primo appinges; sed etiam facies, ut *Vlpianus*, aut non respondeat ad id, quod proposuerat, scil. *quæstio est, an initium, an verò singula momenta spectemus*, aut saltèm intricatè, inverso ordine, & nonnisi per ambages, & consequentiam longè petitam Respondeat.

4 Ve-

4 Verùm enim verò textus hic in *l. qui bona* 23. *D. de acquir. rerum dominio*, qui tot habet difficultates, tot fubstinet emendationes apud *Neotericos*, facilis, & apertus eft Veteribus *Repetentibus*, & fequacibus, qui ex illo deducunt quod bona fide alteri ferviens quidquid ex re Domini putativi, & operibus fuis lucratur, eidem domino acquirit. Verùm in tali acquifitione bona fides à momento ad momentum curret, & inconfiderationem venit, ut explicat poft eos *Petrus Pekius in cap. poffeffor de Regulis Juris in 6.*

5 Sed cum fervorum ufus apud noftros ab ufu recefferit de *legis* noftræ materia admodùm folliciti non funt *Pragmatici*, fed tantùm ex eo, quod hic de bona fide ferviente fermo eft, de geftis ab eo qui procurator creditur differendi capiunt occafionem, dicentes quod cū quis negotiatur cum Sejo quē Titij effe procuratorem bona fide exiftimat, validè negotium geritur, & per falfum hūc procuratorem vero domino acquiritur juxta fententiā, quā tradidit ad *l.* 19. *C. de furtis Bartolus, & in l.* 2. ubi etiam *Gloffa C. de his, qui à non Domino*

6 *manumittuntur* quæ tamen tunc locum habebit, ut ex *Noftrorum* mente conftat, cum Dominus quod à falfo procuratore, & ab illo qui cum eo tractavit bona fide geftum eft ratum habuerit; nam fi non habuerit aliud dicendum erit: fanè cum ratihabitione opus foret etiam fi de vero Procuratore, aut conjūcta perfona; fi hoc diceremus ut quod idem *Bart.* explicat in *l.* 13. *D. de donationib.* multò magis idipfum dicendum erit cum tractatur

7 de non vero procuratore. Rursùs noftri communitèt adnotant quod quoties quis Jure fibi quæfito ex alterius perfona utitur, oportet, ut cum omnibus fuis qualitatibus eo utatur, *Cravetta conf.* 151. *num. fin. Decius conf.* 532. *num.* 7. Unde fi quis ratum habuerit quod falfus Procurator pro fe geffetit, oportebit, ut cum fuis qualitatibus geftum approbet.



CAPVT XVII.

Ad text. in l. fructus 45. D. de Vfuris.

SVMMARIVM.

1 *Magna altercatio inter Interpretes quos fructus faciat fuos bonæ fidei poffeffor.*
2 *Opinio Fabri.*
3 *Ejus emendatio reijcitur quoniam anceps.*
4 *Item quoniam impropriè loquentem facit Juris Confultum.*
5 *Et ex alia ratione.*
6 *Quid Interpretes Veteres, & Pragmatici.*
7 *Quidam eorum diftinguunt inter poffefforem cum titulo, & poffefforem fine titulo.*
8 *Contractu declarato nullo, fructus à principio percepti cum re ipfa reftituendi.*
9 *Idem fi nullitas ex alieno facto eveniret.*
10 *Sed hoc in dubium revocatur.*

1 Quos fructus faciat fuos bonæ fidei poffeffor Antiqui, & Recentiores *Interpretes* magnis altercationibus tractāt; nàm funt qui naturales tantùm, funt qui induftriales, funt qui utrofque ei concedant: infuper quid de extantibus, quid de confumptis dicendum fit, & quomodo explicanda, pleraque Juris noftri capita, præcipuè in *l. bona fides D. de acquirendo rerum dominio §. fi quis à non Domino inft. eodem l. fructus* 45. *D. de ufuris*, nondum inter eos conftat: ut videre eft apud *Nicolaum de Pafferibus in fua legum Antinomya* apud *Caranzam de Partu in genere cap.* 3. §. 1. *nn.* 7. *Fachin. controv.* 1. *cap.* 56. *Vltejum Scholaft. difcept. cap.* 20. *Amayam* 2. *obfer. cap.* 16. *Linklamam membranarum* 3. *cap.* 1. & *Trentl. difput.* 15. *Thefi* 11. *Orozium de Apicibus juris lib.* 4. *cap.* 9. *Carondam* 1. *verifimilium cap.* 7. aliofque qui ab his adducuntur.

2 Sed *Faber in hoc cap.* Primò omnes fructus bonæ fidei poffefforē fuos facere contendit. Secundò maritū in propofita fpecie *l. fructus* 45. malæ fidei poffefforem fuiffe ait. Tertiò emendandam lectionem *dicta legis fructus* concludit.

Et quoad primum, & fecundum attinet quamquam vulgaria, & paffim obvia fint, quæ affert, vera tamèn funt, & recepta; fiquidem quod bonæ fidei poffeffor omnes fructus naturales, fcil. & induftriales fola perceptione fuos faciat, veriffimum eft, & quod in propofita fpecie maritus malè fidei poffeffor fuerit, adhùc verum; nam in mala fide fuiffe eum dum, & ex donatione nulla, & irrita rem poffediffe, cum fciret inutilitèr ei à conjuge donatam, fcilicet obftante apertiffima legis prohibitione, donationem inter conjuges irritante conftat.

3 At quoad tertium fcil. quoad emendationem, licèt fatear ultrò, effe receptam lectionem corruptam, minimè tamèn quam *Faber* affert, recipiendam exiftimo; ideòque nunquam detracta negatione, legendum, (*ficut cujuslibet bonæ fidei poffefforis*) nàm ineptam effe hujufmodi emendationem facilè poterit oftendi; ideoque parvi faciendum quod placuerit *Genoa loco citato*, & mitandum quod doctiffimo *Vltejo*, cui difplicuit, vifa tamèn arguta, & expedita fuerit.

4 Et quidem primo fi cum *Fabro*, ut dictū eft,

legas negatione detracta, *non fit ejus, sicut cu-*
juslibet bonæ fidei possessoris, reddes obscurum
Pomponium, & ambiguum; nàm hujusmodi
loquendi formula, potest significari, quòd
fructus non fiũt mariti, sed fierent bonæ fidei
possessoris, & potest quoq; significari quod
non fiant mariti sicuti cujuslibet bonæ fi-
dei possessoris, idest sicuti non fierent cujus-
libet bonæ fidei possessoris: illud enim cuju-
libet bonæ fidei possessoris regi potest ex pri-
4 mis illis verbis (*non fit*.) Rursus impropriè
loquentem facies Juris Consultum; nàm
facit concludere ex abrupto ideò maritum
fructus omnes suos non facere; quoniam bo-
næ fidei possessor facit, dum oportebat priùs
dixisse maritum non bonæ fidei possessorem
esse, & dixisse in hoc bonæ fidei possessorem
à non bonæ fidei differre, quod alter omnes,
5 alter dumtaxat industriales suos faciat. Ac-
cedit quod subiecta ratio illa; *quia non ex fa-*
cto ejus is fructus nascitur, adhùc obstare
videtur; nàm aut generalis est, & compræhẽ-
dit utrumque possessorem bonæ, & malæ fi-
dei, dum ambobus opponi potest; quod non
ex facto eorum fuctus nascantur, aut si spe-
cialis ratio est, & ad maritum tantùm perti-
nens, obstabit, quòd fructus industriales suos
maritus facit, non quia ex facto ejus nascun-
tur, sed quia in illis consistebat donatio
ab uxore facta, ideoque eorum verè Dominus
erat, ut ipsemet *Faber* fatetur *num.* 11. Et
proindè non debebat sic loqui *Pomponius*
(*si pomum decerpserit, vel ex sylva cadit, non*
fit ejus, sicut cujuslibet bonæ fidei possessoris
(vel) *sicut nec cujuslibet bona fidei possessoris.*)
Quia non ex facto ejus is fructus nascitur; Sed
ita *quia respectu eorum non Dominus est, vel*
malæ fidei possessor est, ut (multò meliùs quam
Faber) eundem *Vlpianum* dixisse fecimus no-
stra emendatione proposita *in Suspicionum*
libris.

6 At quoad Veteres *Interpretes*, Nostrosq;
Pragmaticos hi ut in principio monuimus, &
ipsi quoque non minùs quam *Neoterici* in
hac materia altercantur, tum circa fructuum
acquisitionem concedendã bonæ fidei pos-
sessori, tũ circà conciliationem *Pomponij* in
hac *l. fructus* 45. *de usuris* cum *Paulo in l. bona*
fidei D. de acquirendo rerum dominio. Unde
si quis eorum dicta videre velit, nam & cum
illis ferè coincidunt quæ à recentioribus
Neotericis postea tradita sunt, adeat *Nico-*
laum Genoam à nobis suprà citatum: Sciat
tamèn frequentiùs placuisse *Accursij* Asser-
tionem *in cit. l. fructus in ver. bonæ fidei*, scil.
quod bonæ fidei possessor non omnes fructus
suos faciat, sed tantummodò industriales, ut
Pomponius asserit, ideòque quod *Paulus* di-
cit *non tantum eos qui diligentia ex opera ejus*
proveniunt, sed omnes ità exponendum;
non tantùm eos, qui diligentia, & opera ejus
provenerunt, sed omnes, idest etiam qui ex di-
ligentia, & opera alterius.

Sed sciat etiam hujusmodi expositionem
ineptam prorsus, & ridiculam se prodere.
Siquidem possessor qui alterius opera, & in-
dustria in fructibus percipiendis utitur (nam
nec ipse ut solus percipiat tenetur, vel potest)
adhùc propria industria, & opera percipit.
nisi omninò maritum aliàs nobilem, aut in-
firmum suis manibus operari velimus. Cæte-
rùm utcumque res sit, certum est, quod ratio-
cinantur cum *Accursio, Baldus, Salicetus, Flo-*
rianus, & reliqui à quibus edocti plerique ex
Pragmaticis ita sentiunt cum *Joanne Copo in*
tractatu de fructibus lib. 2. *tit.* 4. *cap.* 6. *num.* 4.

7 Quidam tamèn ex eis distinguunt intèr
bonæ fidei possessorem cum titulo, & bonæ
fidei possessorem absque titulo, aut cum titu-
lo invalido; & priorem possessorem fructus
omnes etiam naturales perpetuò suos facere,
posteriorem vero interim, & donèc possi-
deat. Verùm si nõ consumpsisset illos cum re
ipsa demum restituere deberi volunt, quod
idẽ est, ac si cum *Fabro* hic *n.* 5. dixissent pos-
sessorem hunc sine titulo suos quidem fructus
facere, sed eos non lucrari. Sunt etiam qui &
alias distinctiones adhibent quas qui volet,
habet apud *Covarr.* 1. *variar. cap.* 3. *Arrium*
Pinellum ad l. 2. *C. de rescind. vend. par.* 2. *cap.* 4.
Joannem Copum ubi suprà *Iacobum Menoch.*
in tract. de recuper. possess. remedio 15. *à nu.* 576.
& *Cevallos pract. quæst.* 762.

8 Portò ad id, quod dicebamus de marito
malæ fidei possessore, quia ex donatione
prohibita inter conjuges possessor fuerat, ad-
notare libet; quod quotiès contractus nullus
declaratur, oportet ut possessor fructus ab ini-
tio perceptos restituat, tanquã à principio in
mala fide constitutus, ut docet *Mastrillus de-*
cis. 13. *num.* 34. *Reg. de Ponte in cons.* 28. *nu.* 1.
Franchis decis. 675. *nu.* 3. & *Giurba decis.* 105.
num 8. quod ex eo evenire *Regius Consiliarius*
Staibanus rectè observavit ad *resolut.* 6. *n.* 16.
quia contractu nullo declarato, titulus ad nõ
titulum reducitur, unde ne ab initio quidem
in bona fide extitisse titulumque habuisse
qui possedit, concluditur post *Surdum*,
Nattam, & *Gratianum* ab eodem citatos.
9 Sed & illud quoque adnotandum subijcit
idèm *Staibanus* ex ijsdem *Surdo*, & *Gratia-*
no, & *Rota Romana decis.* idem dicendum
esse, si contractus resolveretur ex facto alieno,
ut evenit in donatione, quæ resolvitur ob fi-
liorũ nativitatem, cum tamẽ hoc si veras Ju-
10 ris Regulas intueatis, vix substineri possit;
tum quia filiorum supervenientia potiùs re-
scindat donationem usque tum consisten-
tem, quam nullam à principio faciat, tum
etiam quia donatarius in bona fide fuit, cum
dona-

donationem ab eo, qui filijs carebat, susceperit. Sed de his alibi.



CAPVT XVIII.

Exponitur textus in l. si quis Reum 5. D. de liber. legata.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus.*
2 *Accursij Expositio.*
3 *Refellitur à Fabro.*
4 *Explicatur Vlpianus.*
5 *Non debuit Faber tam sollemnitèr adversùs Accurs. disputare.*
6 *Veterum sententia.*
7 *Et Pragmatici quid sentiat.*
8 *De legato facto totius debiti uni ex Correis.*
9 *An favor fidejussoris in specie textus nostri consideratus.*
10 *In liberationis legato conjecturis procedendum.*
11 *Ex legato chirographi præsumitur legata liberatio.*
12 *Nonsic ex legato rèi pignoratæ.*
13 *Neque si legata liberatio tutori.*
14 *Liberatio in testamento facta intelligitur secundum testamenti naturam.*

1 *SI quis reum* (scribit *Vlpianus in l. 5. de liberatione legata*) *habeat, & fidejussorem, & reo liberationē leget, Iulianus ibidem scripsit reū per acceptilationem liberandum; alioquin si fidejussorem caperit convenire, alia ratione reus convenitur. quid tamen si donationis causa fidejussor intervenit, nec habet adversùs reum regressum, vel quid si ad fidejussorem pecunia pervenerit, & ipse reum dederit vice sua, ipseq; fidejusserit?* Pacto est reus *liberandus: at quin solemus dicere pacti exceptionem fidejussori dandam que reo competit? Sed cum alia sit mens legantis alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus.*

Circà interpretationem hujus responsi *Faber* in præsenti capite adversùs *Accursium* disputat, adversùs ipsummet Responsum disputaturus *lib. 15. cap. 11.* in quo *a Triboniano* corruptum contendit.

2 *Accursius* itaque eum in vulgatis libris ab ipso glossatis legisset suprà posita *Vlpiani* verba non ut in *Florentinis (at quin) sed (alioquin solemus dicere pacti exceptionem fidejussori dandam)* adnotavit in his non fieri differentiam inter legantem, & paciscentem; sed inter illos, de quibus agebatur in specie proposita *Vlpiano*, Et Regulam generalem, quod exceptio pacti reo competens competat fidejussori.

3 Hinc *Faber* in adversum insurgit, & differentiam fieri intèr legantem, & paciscentem
4 contendit, quod & verum est: nàm cum primo proposuisset *Vlpianus* ex *Iuliano* liberatione legata reo, per acceptilationem hunc liberandum fore, ne si per pactum in personam conceptum liberaretur, cōvento fidejussore, denuò idem reus (& si liberatus) proptèr regressum fidejussoris damnum sentiret. Subjunxit *Iuliani* dicta supplendo, & explicando, non habere illa locum, cum fidejussor regressum non habeat, vel quia donaturus intervenit, vel quia pecunia ad eum pervenit: & concludit in his casibus per pactum reum liberandum esse: per pactum quidèm personale; nam de hoc loqui Iuris Consultum ostendit contextus, dum in eo hoc pactum acceptilationi opponitur; Sed quia Regula objici poterat qua dici solet *pactum cum reo factum fidejussori prodesse*. Objectionem *Vlpianus* præsentiens, illi occurrit, dicendo aliam esse legantis mentem, aliam paciscentis: ità innuens Regulam sibi vindicare locum in pactis, quæ à creditore cum reo interponuntur, at non in legatis, sive in eo quod hæres in exequutionem legati paciscitur; nàm in hoc sequitur ille mentem testatoris qui reo duntaxàt prodesse voluit.

5 Sed quanquam hæc, ut diximus, vera sint; quoniàm tamen obvia, & clara, Et quoniam sententia Responsi adducti satis aperta, ut vel idem fatetur *nu. 4. Faber*, non debuit ipse coniecturas exquirere, nèc lauream, ut dici solet, in mustaceo quærere, adversùs errorem unum, ex mendosa lectione ab *Accursio* admissum tàm sollemnitèr disputando.

6 Cæterùm *Accursij* hunc errorem nequaquàm Veteres *Interpretes* sequuti sunt, qui ad hanc *l. si quis reum D. de liber. legata*, adnotarunt, quod quoties legata debitori liberatio est: acceptilatione absolvendus erit, ut ità & fidejussor liberetur ne deinde regressum adversus eundem Reum habeat, quod si hunc regressum habiturus non foret tunc rectè poterit pacto liberari. Videas *Bartolum*, & *Iacobum de Arena in l. sed & si §. non solùm D. ad S. Conf. Maced. & Ruinum ad l. 2. §. si tamèn D. de verborum obligat.* Et si non desint qui post *Soccinum in d. l. 2.* asseverent quod etiamsi regressui adversus principalem locus non sit, adhùc acceptilatione liberari poterit reus, sed interposito pacto, ne acceptilatio fideiussorem iuvet; quod an verum, videant alij.

7 At qui in foro versantur, quive de hujusmodi legato liberationis à Creditore debitori facto, plura asserere solent post *Crassum in §. lega-*

§. legatum quaest. 40. *Sebast. Medices in tract. de acceptilat. par.* 1. *quaest.* 6. *quaest.* 8. *& quaest.* 9. *Soccinum consf.* 201. *num.* 1. *Gomezium variarum tom.* 2. *cap.* 12. *de legatis num.* 82. illud potissimum pro explorato habent quod possit pluribus modis testator debitum remittere alicui, & quod possit cujuscunque generis sit scil. sive conditionale sive ad diem, & tàm si civilitèr, quàm si naturalitèr debeatur, modò id exprimat, cum alioquin in legato non venire nisi puta credita, & praesentia credant, cum *Mantica de conject. lib.* 9. *tit.* 4. *n.* 3. post *Petrum de Ravenna sing.* 76.

8 His adjiciunt quod si legatum fiat uni ex correis debendi totius crediti, tunc huic libetatio obtinget pro sua parte, & cū testator id jusserit, haeres cedet ei quoq; adversus alios correos actiones, ut ità totum creditum cōsequatur, nēpè pro sua portione debiti remissionem, & pro portionibus aliorum, creditum legatum; idquod cum *Gomesio* probari volunt ex tex. unico in jure in *l. siquis duos D. de leg.* 2. quem ita explicarunt *Albanus*, post *Bartolum*, *& Paulum de Castro*, *Imolam*, & reliquos. Adnotanr quoq; Nostri quod si liberationis debiti legatum fiat, illud factum intelligi debeat, & de accessionum liberatione post testamentum obventarum, ut voluit *Abbas consf.* 35. *lib.* 2.

9 Porrò cum asseverent post *Menochium* 4. *praesumpt. libro praesumpt.* 164. *num.* 22. ideo in hac nostra *l. si quis reum* responsum ab *Vlpiano* fuisse, ut legata reo liberatione is per acceptilationem liberaretur, ut modo praedicto utraque obligatio principalis scilicet, & fidejussoria extinguatur; & è contrà legata liberatione fidejussori pacto hunc liberandum, ad hoc ut principalis obligatio remaneat; quoniàm praesumitur, quòd testator legando reo principali etiàm fidejussori subvenire voluerit, non tamen è contrà. Haec assertio vix fulciri poterit ex dicta *l. si quis* quoniam videmus in ea nequaquam fidejussoris favorem in considerationem venisse, sed solius Rei, & ideò fidejussori liberationem permissam ne reum principalem postea inquietaret, Id quod satis explicat quod subijcitur, nempè quod quoties non habet adversus reum principalem fidejussor regressum toties ad eum liberationem per acceptilationem porrigere non oportet; quoniam non est credendum testatorem ei quoq; voluisse subvenire, nam alioquin hoc ipsum semper credendum foret etiam in casibus, in quibus regressui locus non esset.

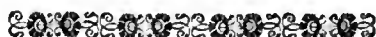
10 Denique & illud quoque sciendum erit, quod communitèr receptum in liberationis legato explicando, praesumptionibus, & conjecturis procedendum esse, idcoque de illis idem *Menochius* loco citato latè disserit, quorum notabilis conjectura illa est qua

11 liberationem legatam praesumimus, si chirographum originale debiti à testatore debitori legatum fuerit, de qua conjectura tractant *Menochius idem in num.* 25. & *Gomezius* ubi

12 supra: & si illā non admittant pleriq;, quādo non chirographū, sed rem sibi pignoratā testator debitori legasset; nàm non per hoc debitū remisisse censendū dicunt ex *Mantica dicto lib.* 9. *tit.* 4. *num.* 4. quod rationem illam specialem habere posset, quod non sicut chirographi, citra liberationem, ità & pignoris legatum inutile futurum sit.

13 Quod si liberationem tutori testator legasset, non ideò eum pecuniam pupillarem retinere posse, & reliqua nullo modo reddere, contendunt *Montanus de jure tutelarum cap.* 38. *nu.* 28. *& Covarr.* qui id declarat *variarum* 2. *cap.* 14. nàm & si vetitum fotet, ab eodem testatore ne rationes ab eo repeterentur, adhùc non aliud quam scrupulosa quaedam, & stricta exactio earundem rationum videretur remissa.

14 Denique ad id, quod *Vlpianus* hic dicebat aliam esse paciscentis, aliam legantis mentem, adnotandum est, quod singulatitèr scripsit *Netta consf.* 73. *tomo* 1. scil. liberationem in testamento factam intelligi factam secundum naturam testamenti. Et per consequens potiùs per modum legati, quam contractus, ideòque poenitentiae exposita, & revocationi.



CAPUT XIX.

De lectione, & sententia legis siquis dolo 51. §. 1. D. de re judicata.

SUMMARIUM.

1 *Verba Pauli in l. si quis* 51. *D. de re jud.*
2 *Sunt qui emendandam, & qui retinendam volunt receptam lectionem.*
3 *Fabri emendatio.*
4 *In dubium revocatur.*
5 *Fabri replicatio.*
6 *Diluitur.*
7 *Actio de qua agimus poenalis est.*
8 *Veteres Interpretes tradiderant id quod in praesenti Faber adversus Cujacium opposuit.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Mittendus in possessionem si impediatur, habetur in odium impedientis ac si immissus.*
11 *Remedium retinendae possessionis habebit.*
12 *Qui jussu Judicis possessionem naucisċitur, consequitur illam Civilem, & Naturalem.*

13 Po-

13 *Potest Judex per modum provisionis uni ex partibus succurrere.*

1 QUoniam quod ait *Paulus* in *l. si quis dolo 51. §. primo D. de re judicata. Si quis possessorem missum in possessionem rei servandæ causa non admiserit, si venditor præstiterit creditori quanti ejus interfuerit, quæsitum est, an debitor liberetur; & puto improbum esse eum qui velit iterum consequi quod accepit* per obscurũ est, ideò variè ab Interpretibus explicatur, & ideò unusquisque eorum ut ad suam interpretationem verborum lectionem accommodet, mutat illam ad libitum, & emendat: nam clausulam illam (*si venditor præsti-*
2 *terit creditori*) alitèr legit (*Cujacius in obser. cap. 23. & 4. sentent. Pauli tit. 7.* alitèr *Hotomanus 5. obser. cap. 18.* Græci quoque diversimodè in suis libris retulère. Non desunt tamen, qui omissis *Accursij Glossis*, & *Dion. Gothofredi Notis* posse adhùc retineri lectionem receptam, & non inconcinnè explicari contendant, inter quos est *Linklama membranarum 7. Ecloga 12.* fuimus, & Nos qui exiguas vires nostras explorare voluimus in libris *Suspicionum*.

3 Sed *Faber* cum *Accursij* tradita non reciperet, & nova, quæ traderet non haberet, uno ictu nodum solvit, vocem illam (*si venditor*) expungit, legitque (*si præstiterit creditori, &c.* eo sensu, ut si is, qui creditorem missum in possessionem rei servandæ causa, non admiserit, sed eidem creditori præstiterit, quanti sua intersit, debitor liberatur.

4 Verùm enimverò *Fabriana* hæc emendatio, & Interpretatio suas patitur difficultates. Primò, ob omnium librorum fidem, nàm in illis aut *venditor*, aut *vetitor*, aut *emptor* legitur, & nunquam sine expressione alicujus qui præstiterit creditori. Secundò, nàm coincidit hæc emendatio cum emendatione illorum, qui (si *vetitor*) legebant, & obstant ei omnia, quæ adversus illam obstabant, & in primis *Cujacij* animadversio, quod non debet debitori prodesse, id, quod extraneus (eò quia prohibuit) solvit, is namque solvit conventus actione in factum, quæ pœnalis est *l. 1. §. hanc actionem D. ne vis fiat ei*, & solutio, aut damnatio sequuta non perimit crediti actionem, exemplo illius actionis, quæ datur in suppressorem tabularum *l. 3. §. condemnatio D. de tabulis exhibendis*.

5 Nec satisfacit *Faber*, dicendo *num.* 4. hanc actionem non esse merè, & propriè pœnalem, quales esse dicimus eas, quæ rei persecutionem non tollunt, ut vel ex eo maximè colligitur, quod *Vlpianus in citata l. 1. §. hac verba D. ne vis fiat ei: scribit quanti ea res erit, ob quã in possessionem missus erit, continere utilitatem creditoris, ut quanti ejus interest possessionem habere, tantum ei condemnetur is, qui prohi-*
6 *buit*: Non quidem satisfacit tum quia in interdicto de dolo etiam id præstari quod petitoris interest, dixit Juris Consultus. Et tamen si de dolo conventus id præstiterit, nihil proderit possessori, ut *Papinianus* apertè respondet in *l. Stichũ 95. §. dolo 9. D. de solut.* & probatur ex *l. si propter 22. D. de actione rerũ amotarum*, & in *l. nec ullam 13. §. is autem D. de petitione hæreditatis*: unde constat quod præstatio ejus quod interest, non facit, ut actio nõ sit merè, & propriè pœnalis; cùm utrumq; esse possit scil. quod præstetur id quod in-
7 terest, & in pœnam, & quod adhùc rei persecutio remaneat. Tum etiam non satisfacit; quia aliàs satis apertum in jure est, quod hæc actio, de qua agimus, merè, & propriè pœnalis sit; ideòque simplicitèr pœnalis appellata ab *Vlpiano in d. l. 1. §. hanc actionem D. ne vis fiat*. Nec dicas appellatam respectu Rei, non respectu actoris; quia & Juris Consultus indistinctè loquitur, & deducens ex eo, quod pœnalis sit, illam intrà annum competere, satis ostendit potiùs ad actorem eum respicere, & illius respectu potius loqui quam Rei. Et sanè si verba expendas saltem si non solum de actore saltem de utroque agere *Vlp.* intelliges. loquitur de actore ibi (*intra annum, &c.* agit de Reo ibi) *nec in hæredes dabitur* (& rursùs de Actore ibi) *Sed heredi similibusq; personis*. Nemo ergo poterit asseverare cum *Fabro*, quod actio pœnalis sit respectu dumtaxàt Rei, non itèm Actoris, & cum de utroque sermo sit, pœnalem respectu utriusque esse, nemo non dicet.

Denique si verum foret, quod *Faber* contendit, actionem, de qua agimus, non merè, & propriè pœnalem esse ideoque id quod hac actione pœnæ causa quis consequutus fuerit petitionem adversùs debitorem extinguere. Nulla ratio dubitandi ad hanc *l. si quis dolo* §. 1. posset assignari, & prorsùs Juris Consulto indigna tractatio propositæ speciei fuisset.

8 Verum enimvero si Veteres Repetentes investigemus, inveniemus id quod à *Fabro* hic propositum adversus *Cujacium*, dum contendit creditorem, qui quanti sua intersit actione pœnali consequutus fuerit à turbatore, non posse deinde creditum à debitore denuò exigere, *P. Castrensem* jam tradidisse, & illos qui ejusdem sententiam sequuti sunt, comprobasse ad hanc *l. si quis dolo 51. §. si quis debitorem*, & *ad l. 1. D. quæ in fraudem creditorum*, & eadem ferè quæ *Faber* adnotasse. Unde apud illos Brocardicum, quod improbus sit, qui idem bis exigit ex Regula *legis bonæ fidei*, ubi *Maynerius*, & *Petrus Faber D. de Reg. juris*.

9 In foro tamen qui versantur ex hac *lege* plura adnotata habent, & in primis illud,

quod

quod nuncius quem Judex destinat pro consignanda possessione Victori, in qua eum mitti jussit, debet officium suum explere per veros, & reales actus possessionis eamque realitèr consignare, ut docet *Speculator lib. 3. tit.*
10 *de 1.& 2. decreto.* Cæterùm si adversarius se opposuerit, illumque, ut in hac *l. si quis dolo* non admiserit, tùnc in odium hujus inobedientię habetur, ac si per reales actus appręhēsa fuisset possessio, ut ex tex. *in cap. contingit ext. de dolo, & contumacia* adnotant *Felinus, Panormit.* & cæteri *Canonistæ ad cap. cum aliquibus ext. de re judicata, & Civilistæ* cum *Aretino, Jasone ad legem primam D. de acquirenda possessione*, & ex eis *Rebuffus ad Constit. Galliæ sub tit. de materia possessionis in præfat. num.* 121. adeoque hic mitti in possessionem iussus, & si impeditus actualem possessionem capit, & perindè habetur in poste-
11 tum, ac si possideat *Afflictus decis.* 302. undè remedium retinendæ possessionis habebit, & manu militari ei succurrendum erit *Menochius de retinenda possessione remedio* 1. q. 2.

12 Secundò adnotatum habet quod is qui Judicis authoritate possessionem nanciscitur, obtinet eam civilem, & naturalem, etiam adversario ignorante ex *l. qui eum universas* §. 1. *ubi Bart. D. de acquirenda possess. Romanus, Jason ad l. clàm §. qui ad nundinas D. de acquirenda possess. Socinus senior cons.* 15. *n.* 6. alijque apud *Rovitum in comment. ad pragmat.* 11. *de feudis num.* 113.

13 Et deniquè ex eo, quod hic dicitur *Judicem misisse in possessionem* deducunt, posse eos, qui judicant aliquando per sententiam, quam dicunt provisionalem, & interlocutoriam, pendente causa principali, uni ex partibus litigantibus providere, ac etiam illam in possessionem mittere; quomodo autem se gerat Judex, habes nedū apud vulgares *Practicos*, sed apud *Rebuff. ad Const. Regni in tractatu de sentent. Provision. in præfat. tomo* 1.



CAPVT XX.

Explicatio l. sub cond. 16. D. de cond. indebit. l. Iulianus 60. D. eod.

SVMMARIVM.

1 *Distinctio Bartoli.*
2 *Respuit eam Faber, & tamen receptam lectionem defendit.*
3 *Recipitur Cujacij emendatio.*
4 *Fabri expositio l. 17.*
5 *Rejicitur.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Ratio de præsumpta donatione in dubium revocata.*
8 *Aliquando præsumitur donatio.*
9 *Et in specie cum quis, quod non debet, solvit.*
10 *Sed id verum si revera, quod solutum in debitum fuit.*

B*Artolus in l. quod si 18. D. de cond. indebiti* voluit distinguendum esse inter diem incer-
1 tam, an & quando, (ut ipse loquitur,) & diē incertam quando, scil. distinguendum inter diem quæ an ventura incertum sit, & rursùs quando ventura, ut est exempli gratia; dabo in ea, die in qua Titius Consul factus erit, vel in qua Titius Capitolium ascenderit, vel in qua navis ex Asia venerit, nam in his primo dubitari contingit adeòque incertum esse, an Titius Consul fuerit in aliqua die an ascendet Capitolium, an navis ex Asia venerit, & deinde dato quod hęc eventura sint incertum est qua die eventura, distinguendam igitur voluit *Bartolus* hanc diem incertam an, & quando; à die incerta solum quando, ut est dies mortis, cum dictum fuerit dabo cum Titius decesserit, nam certum est Titium decessurum, at qua die incertum.

Itaque si hęc *Bartoli* distinctio vera est, poterit *in l. sub conditione 16. D. de condit. indebiti*, retineri quod habet recepta lectio *sub conditione debitum per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur; Conditione autem existente repeti non potest; quod autem sub incerto die debetur, die existente non repetitur.* Et adversùs *Cujacij* emendationem defendi, nàm ly (*die existente*) poterit accipi de die incerto primo modo, scil. incerto an venturus, & incerto quando venturus, nam tùnc illo existente rectè dicetur conditioni locum non esse, siquidem hæc dies ęquiparatur conditioni; nàm sicut illa potest existere, & nō existere, ità hæc dies; unde particula quod autem intextu non adversativa, sed coniunctiva erit, poterit rursùs eadē admissa distinctione quod habetur ex *Vlp. in l. nàm si 17. sequenti*, de altera die explicari, & de secundo modo, incerta scil. incerta quando ventura sit licet certum venturam esse.

2 Ex his dici potest errare *Fabrum*, qui dum receptam lectionem defendendam suscepit suprà positam *Bartoli* distinctionem respuit, atque nullam esse constituendam differentiam inter conditionem, & diem incertum existimat, cum tamen nisi differentia, & maxima constituatur, nullo modo retineri lectio possit modo illo quo extat; & rursùs cum inter dies incertas, aliquę sint omninò extituræ, aliquæ contingentèr, oportet ut omninò quędā inter eas constituatur differentia, jure itaque & *Faber* & cum eo *Trentl.* qui cum se-

quutus

quutus est *volum. 1. disput. 22. Thesi 5. lit. S.*
repræhenduntur à *Bachovio* in notis ibidem.

Quod si alio ex capite *Bartoli* distinctio
admittēda non erit, nempe quia quod debe-
tur in diem incertam, an, & quando, non tàm
ad diem quam sub cōdictione deberi dicen-
dum erat; nam id dumtaxàt dicemus debe-
ri in diem incertam, quod debetur in diem
eventuram quidèm, sed incertum quando, ut
Joannes Robertus æmulus *Jacobi Cujacij* ex-
3 plicat *sentent. 1. cap. 26.*, Necesse est receptam
lectionem mutare atque addere negationem
cum *Cujiacio 13. obser. cap. 29.* & in prælectio-
ne, de qua meminit hic *Dion. Goth. in notis*,
& sequitur *Petrus Faber ad legem 66. num. 24.
D. de reg. iur.* atque ità legere; *quod autem sub
incerto die debetur, die non existente, non repe-
titur*. Ut particula *quod autem*. stet adver-
sativè, quod contextus exigere videbatur;
atque ita lex sequens exemplum afferet eius
quod dictum est, illudve confirmabit.

4 Hinc secundus *Fabri* error, qui retinendo
receptam lectionem affirmativam; ait confir-
mari eam in *l. sequenti*, eiusve rationem reddi,
quod sic explicat *num. 5.* scripsetat *Pompo-
nius* id, quod sub die incerto debetut, si antè
diem solvatur, die existente, non repeti; hujus
dicti ratio est, quia si cum moriat dare pro-
misero, & antea solum repetere non pos-
sum? argumentatut itaque J. Consultus ait
Faber à minori ad maius, & ex eo quod cum
dies certò eventura est repetitioni locus non
est, concludit multò magis locum non esse
repetitioni die jàm existente.

5 At nō videt *Faber* primò quod ut diximus,
illa (*sub incerto die debetur*) nō possunt expli-
cari de die incerto, an, & quando vēturus sit;
nàm quod debetur ad diem eo modo incer-
tum id debitum est *sub conditione* non in diē,
& proindè cum explicandum sit de die in-
certo quando venturus oportet, ut sequens
tex. in *l. nam si 17.* exemplum contineat, non
argumentum à minori ad maius. Secundò
non videt, quòd admissa sua explicatione,
fuisset tàm indubitabile, quod debitum sub
incerto die, existente die, non repeteretur, ut
asseverasse sufficiebat, nec opus erat addu-
cto exemplo, & argumento desumpto ex spe-
cie in fortioribus terminis tractata firmare.

6 Sed ex hac *l. sub cond. 16. D. de cond. inde-
biti.* & ex duobus sequentibus desumunt Do-
ctores quod debitum sub cōdictione necessa-
riò extitura, aut die omninò ventura, licèt
quando venerit in incertò sit, non repetitur si
fuerit solutum, at secùs si quod solutum fuit
sub conditione incerta, aut die incerta debe-
batur; atque ità passim post *Baldum*, & *Iaso-
nem* affirmando in *Cujacij* dicta coincidunt,
& in his quæ attulit hic *Faber* pro tuenda le-
ctione recepta. de *Bartoli* autem distinctio-
ne quam tamen priùs *Glossa*, sed vacillantèr
induxerat non admodum sunt solliciti. Et si
sequantur plerique illam, ut sequitur etiam
ex *Neotericis, Reynardus Bachovius loco cit.*

7 Cæterùm cum rationem illam reddant ij-
dem Interpretes, quod ideò solvens id quod
ad diem certo eventuram, & conditionem
certò extituram debebat, licet antè diem, aut
eventum condictionis solverit, non repetit;
quia dùm sciens id solvit, renunciasse tem-
pori præsumitur, & condictioni, ut ratioci-
nabatur *Iason* ad hanc *l. sub cond. 16. num. 2.*
hæc ratio incongrua alijs, & parum accom-
modata videtur, quoniam dicunt ipsi ea ad-
missa donatio per præsumptionem induce-
retur. Solvens enim præsumeretur donasse.
Sed his poterit replicari quod cum dies certo
ventura, & condictio extitura supponatut,
aut parum, aut nihil est, quòd donatum præ-
sumunt. Secvndò, quod in proposita specie
de donatione tractandum non est, sed de prę-
judicio quod sibi infert qui sciens solvit, alio-
quin si tractaretut de præsumpta donatione
non posset solventi denegari repetitio sub
eo colore quod præsumatur donasse, quando
ipse dum repetere satagit, negat donasse, &
8 præsumptionem excludit. Sed utcumq; Res se
habeat ex adducta ratione nata est disserta-
tio inter nonnullos ex *Pragmaticis*, an ali-
quando donatio præsumatur? de qua vidēdus
Menochius de arbitr. cent. 2. casu 88. qui &
plures casus distinguit *præsumpt. 3. cap. 31.* in-
9 tèr quos hic est; quando quis scientèr inde-
bitum solvit, nam donasse præsumi dicunt
10 *Soccinus, Herculanus*, & alij penès illum, &
Mascardus concl. 544. in fine, quod sanè ve-
rissimum est, si indebitum re vera omninò ta-
le supponas; at si debitum est, quod solu-
tum, licèt non tùnc, donationem dicam
nequaquam adesse, nisi parvi illius commo-
di, quod repræsentatio importare posset.

Finis Quarti Libri.



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS.

LIBER QVINTVS.



CAPVT I.

Ad l. ultimam §. ultimo D.de leg. 3.

SVMMARIVM.

1 *Scevola verba emendanda.*
2 *Fabri pro tuenda recepta lectione assertio.*
3 *Diluitur.*
4 *Explicatur Vlpianus in l. filium 5.D.de legatis præstandis.*
5 *Item Africanus in l.& si contra D. de vulgari.*
6 *Fabri animadversio.*
7 *Reicitur.*
8 *Nec ad verba Africani adaptaretur.*
9 *Quomodo essent verba emendanda docuit Cujacius item Nos in libris Suspicionum.*
10 *Quid veteres Interpretes a quibus desumpsit Faber.*
11 *Hi Pij Rescripto etiam ad hanc quæstionem utuntur.*
12 *Sed malè.*
13 *Aliquando decisum, ut & si soror vindicasset quartam partem hæreditatis, adhùc hæres in reliquo solvat integra legata.*
14 *An qui in parte institutus accepit substitutum si deinde integram hereditatem fuerit consequutus eundem habeat substitutum in illa integra?*

1 QUanquàm laudabile foret lectionem receptam retinere in *l.ultima §.ult.D. de leg.*3. ubi scriptum ex Scevola *si filius, ex uncia hæres institutus, & ab eo legata data sint, habeat, & substitutum, deinde, commisso edicto, per alium filium, accepit partis dimidiæ bonorum possessionem, substitutus ejus utrum ex uncia legata præstat, an verò ex semisse. Sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis, & parentibus*, Attamē quia ea quæ *Cujacius* adversus illam opposuit *obser.* 3. *cap.* 9. adeo firma sunt ut removeri non facile possint, vereor, ne eidem *Cujacio* assentiendum sit, & iuxtà ipsius emendationem literam restituendam.

2 Sed *Faber* hic, ut receptā lectionē tueatur ait primò neque *in l.5.D.de leg.præstandis* neque ullo alio juris loco scriptum reperiri q; substitutus legata ab ipso filio instituto relicta extraneis non prestat in proposito ex uncia; si

per

per bonorum possessionem contra tabulas à filio peritam plùs ad eum pervenerit.

3 At respondetur excepto hoc §. *ult. l. ultima D. de leg.* 3. de quo controversia est, nullo alio juris loco scriptũ inveniri, & cautum, ut substitutus legata extraneis relicta ab instituto filio in uncia, ex ea uncia debeat, cum accepta contrà tabulas bonorum possessione ab instituto filio semissem consequutus fuerit, nam *Divi Pij* Rescriptum, & si eo Quidam ad hanc etiam speciem abutantur, ad hanc non pertinere exploratum est, & *Vlpiani* Responsum quod extat *in l. filium* §. 5. *quod si*

4 *impubes D. de legatis præstandis* in hæc verba *Quòd si impubes ex uncia dumtaxat institutus hæres fuerit, magis est ad semissem usque legata præstaturum, habita ratione l. falcidiæ: licet enim ex uncia fuerit impubes institutus, tamen quod accessit augebit legata à substituto relicta.* nã satis intelligimus pertinere ad eã speciem, in qua ab ipso etiam substituto legata relicta proponerentur, *Cæterum* in illa alia de qua *Scevola* non improbè recusabat substitutos legata extraneis præstare ex semisse, cum illud juris beneficio, quod ei nulla sua malitia, aut industria obvenit consequutus fuisset.

5 Porrò quod *Africanus* Respondet in *l. & si contra* 35. *D. de vulgari* non benè à *Fabro* pro sua sententia producitur; nàm *Africanus* ibi, ait quidèm in substitutum actionem legati dandam, sed hoc esse intelligendum de legatis exceptis personis relictis non de relictis extraneis faciunt statim sequẽtia (*ita ut augeatur præterea, quod filius extraneis non debuerit*) nam ex his intelligimus de legatis illis loqui *Africanum*, quæ exceptis relicta forent, Non quæ augentur. atque ita indistinctè augeri legata omnia eum pronunciasse. Rursùs quod sequitur in eodem tex. (*sic & crescent à substituto data legata*) ostendit sollicitum fuisse *Africanum* atque tractasse de duabus legatorum speciebus, nempè de legatis relictis ab instituto, sed exceptis personis, & de legatis relictis etiam à substituto. Tertium tamèn genus legatorum nempè relictorum ab instituto quidem, sed extraneis personis omisisse, quia cum illa non essent præstanda, inutilis eorum tractatio erat.

6 Nèc satisfacit quod *Faber* monet *sub nu.* 5. contingere posse, ut legata conjunctis personis augeantur ex eo quod filius extraneis legata non debet ut *Africanus* ait, & tamèn hęc quæ extraneis data sunt nihilominus præbeantur, sed pro ea parte, ex qua filius fuit institutus. finge eum, qui mille, & ducenta in bonis habebat, cum fortè sibi longè locupletior videretur filium in potestate ex uncia dumtaxat hæredem scripsisse, ideſt in cẽtum, & ab eo legasse extraneis ducenta, conjunctis verò personis trecentumquinquaginta. Si posteà filius commisso per emancipatum edicto bonorum possessionem petierit, & semissem consequutus fuerit, mòx ante præstita legata decesserit, dicemus, substitutum quamvis extraneis quoque legata præstet, non ideò tamèn falcidiam deducturum ex Cæteris quæ conjunctis personis præstanda sunt. Nam quoniàm extraneis nihil debet, ultra unciam ideſt ultra valorem centum, cum suprà unciam, & si legatum sit id non debet extraneis filius sequitur, ut & si hęc solvat, solvat etiam integra legata, quæ conjunctis personis relicta sunt adhùc centumquinquaginta jure falcidiæ substitutus penes se habeat.

7 Non quidem satisfacit, hæc *Fabri* animadversio; primò nam cum Regula sit, ut leges adaptentur ad ea, quæ frequenriùs accidunt, facit ipse, ut *Africani* Responsum restringi debeat ad speciem quandam specialissimam, & in qua tot, & tam variæ facti circumstantię unitæ sint quod regulariter vix sperari potest. Secundò nam quomodo verisimilę esse potest, ut testator tantum quantum ad præstandum vix semissis sufficeret leget à filio quem in sola uncia instituit? & esto quod sibi videatur esse longè locupletior quam sit, non tamèn adeo patrimonij sui ignarus aut stultus existimator erit ut unum habens credat habere sex; id enim non patrisfamilias diligentis, ut unusquisque præsumitur, sed insanientis prorsùs hominis esset: Sed demus adhùc id *Fabro*, & dicamus cum illo patrem familias amplissimè, & ultra modum de patrimonio suo sentiens, quem in duodecima illius parte instituerat legatis gravasse quantum vix potuisset eum qui in medietate hæredem fecisset, quoniam tamen ita disposuit Nemo admittet legata hujusmodi per errorẽ, ab eo, qui ampliùs, quam habebat; habere se in bonis crediderat relicta, præstanda esse cum videatur hunc legasse falsa causa ductum ut evenit in specie *l. si sic legatum* 75. §. *quod si aderit D. de leg.* 1.

8 Denique nec benè ad *Africani* verba speciem à *Fabro* hic efficta adaptaretur: dum in ipsa non concluditur, absolutè filium extraneis non debere legata, ut *Africanus* loquitur, sed debere concluditur licet non supra id, in quo fuerat institutus filius; hinc apud *Africanum* non legendum foret absolutè pro ut nùnc legimus (*quod filius non dederit*) Sed ita *præterea quod filius extraneis* (*non plus, aut non ampliùs debuerit*) si cum *Fabro* species ponenda; nam qui non debet, ampliùs, quam pro certa quantitate magis est, ut debeat, licèt ad certum usque modum, quam ut non

9 debeat; & ideo non plus debere dicitur, non absolutè (ut loquitur *Africanus* non

Bb 2 de-

bere.concludendum erit, quod potius de hujus *l.filium* 5.§.*fin.D.de leg*.3. sollicitè quã de recepta lectione tuẽda esse debemus. Ideoque si cui *Cujacij* emendatio non satisfaceret nostram proponimus *Suspicionum libris*.

10 Veteres tamen Interpretes post *Accursium* receptam lectionem explicantes asserunt, esse præstanda etiam extraneis personis legata, sed pro ea uncia, in qua filius fuerat institutus, atque ità id ipsum sensisse vidẽtur, quod nunc *Faber*, qui certè ab ipsis desumpsit, vide *Bartolum* de hac re disserentẽ in *d. l. & si contra* 35. *D.de vulgari*, *& Arisminum Tepatum sentent. juris lib.2. sub tit. de legatis in genere*.

11 Pari modo eidem receptę lectioni insistentes, ideo adhùc post acceptam bonorum possessionem contrà tabulas à pupillo (fratre committente edictum) esse legata à substituto extraneis quoque præstanda volũt; quoniàm ea à substituto quoque reperita censeri, idve ex Rescripto *Divi Pij*, *Accursius* dixerat, quod cum placuisset etiam *Pragmaticis*, pro Regula universali recepère, quod semper legata relicta ab instituto censentur à substituto quoque pupillari relicta, ut *Fusar. qu*.242. *n*.58. & passim, & *Menochius præsump*.4. *cap*. 108.*nu*.38. & alij ab his adducti contendunt,

12 Quanquàm, ut supra monuimus, revera ad hanc speciem, de qua agimus *Divi Pij* Rescriptum non benè adaptari possit, & proinde *Vlpianus*, apud quem rescripti mentio, nõ eo usus est in *hanc l.5.D.de leg.præstãdis*, dum vult substitutum præstare legata, ponit eadem legata ab ipso etiam substituto relicta, *Africanus* quod ipsũ facit in *l. ex duobus* 34. §. *fin. D. de vulgari* ponens expresse legata relicta à substituto; cum tamèn parum ad rem fecissent J.Consulti, si relicta ab instituto in proposito jam repetita à substituto censerentur, & si non ab eo relicta, ideòque ab omnibus præstanda.

13 Sed quidquid de hoc sit, in specie *Afflicti dec*.125. sororem quæ fratris testamentũ pro quarta parte dixerat inofficiosum, non teneri ad legata, conclusũm est, eaque legata integra scriptum hæredem præstare debere. Præterea quod hic dicitur in recepta lectione, scilicet quod legata relicta conjunctis personis à filio in uncia instituto, augẽtur si semissis ad filium pervenerit, occasionem præbuit *Pragmaticis* disputandi, an si quis in uncia institutus, aut in certa re, substitutum accesserit, & deinde per juris accrescendi potestarem, integram fuerit consequuturus hæreditatem, debeat eidem substituto totam hæreditatem, an id dumtaxat, in quo à principio institutus fuit, restituere? & in hac quæstione variè responsum est, secundum varias facti circumstantias, & conjecturas ex mente, & verbis testatorum substituentium deductas, quorum majorem partem, si quis nosse velit, *Fusarium* adeat de *substitut.qu*.654. *à num*.4. *Pereg. de fideicomm.art*.5.*n*.33. *& Manticam de conject. ultim. vol.lib.7.tit.6.n*.10.



CAPVT II.

De Lectione l. legati 25. D. de lib. leg.

SVMMARIVM.

1 *In legato debiti plures sunt distinguendi Casus.*
2 *Primus Casus de eo qui legat, quod alius debet.*
3 *Secundus casus de eo qui legat, quod ipse debet.*
4 *Si non verum debitum, & quantitas non expressa, legatum non debetur.*
5 *Tertius Casus de eo qui liberationem legat.*
6 *Emendatio Fabri.*
7 *Reicitur.*
8 *De ratione textus laborandum potius quam de emendatione.*
9 *Reicitur a Fabro allata.*
10 *Nostra proponitur Ratio.*
11 *Practici in debitore qui sciens legat quod non debet, verba attendunt.*
12 *In ignorante invalidum esse legatum dicunt.*
13 *Maritus quia sciens, legando certam quantitatem quam pro dote dicit accepisse, & si non acceperit, valide legat.*
14 *Regula, quod si non appareat de quantitate legata non debetur legatum nisi fuerit pium.*
15 *Qui legat debita videtur legasse credita.*
16 *De legato facto Nominis.*

1 TAm ex *Pauli* Responso, quod extat in *l.legati* 25.*D.de lib.leg.* quàm ex *Vlpiani* altero in *l.legatum* 75.*D.de leg*.1. constat plures esse distinguendos casus, cum de legato debiti tractandum est, &

2 Primus est casus, quando creditor legat tertio, quod ei alter debet, ex. gr. Cajus legat Titio, quod Sempronius debet, & in hac specie, si constiterit Sempronium nihil debere, inutile legatum erit, ut *Vlpianus* apertis verbis pronunciat *in* §. *& si mihi* citata *l*.75 quod ampliat in §. *sequenti* etiamsi quantitas foret expressa v.gr. *lego centum, quæ mihi Sempronius debet*, & adijcit rationem *Vlp. quod in proposito potiùs falsa causa, & falsa conditio adiecta legato quam falsa demonstratio fuit* de hoc autem casu *Paulus in citata l*.25. non tractat.

3 Se-

3 Secundus casus erit cum debitor creditori suo legaverit, quod ei debet, & in hoc casu, vero existente debito, nisi in legato aliquid emolumenti fuerit, inutile legatum erit, ut *Paulus* docet in citata *l.25.§.contra* ibi (*sed si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est*) nam tunc, & in eo utile hoc legatum cum quantitas debiti ampliatur.

4 Quod si verum non esse debitum constiterit, & tamèn testator, tanquàm deberet legasset, tunc distinguendum erit, an expressa quantitate legatum fecerit, an vero ea nō expressa; Et quidem si non expressa quantitas fuerit, nullum erit legatum, ex *Vlpiano in d.l.75.* (*nam si quod ego Titio debeo ei legavero quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum* ex quo *Paulus* in *dict.l.25.§.fin.* venit explicandus, cum de hoc casu ait (contrà *autem si debitori creditor leget, nullam utilitatem videosi sine quantitate leget.*)

Quòd si quantitas expressa fuerit dictumq; hoc modo, centum; quæ Titio debeo, ejdem *do lego*, & si constiterit, non verum esse debitum, adhùc legatum valebit; nàm falsa demonstratio illud non vitiat, ut ijdem *Vlpianus, & Paulus* Respondent primus ibi (*Cum si decem, quæ Titio debeo, legavero nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatam, at in legato dotis Julianus respondet*) & secundus ibi (*quod si centum aureos, quos se debere dixit, legavit, &c. quod si non fuit debitor, placuit utile esse legatum; Certa enim nummaria quantitas similis est Sticcho legato cum falsa demonstratione, idque Divus Pius rescripsit certa pecunia dotis accepta nomine legata.*

5 Tertius casus de eo est, qui vice versa legat debitori suo quod sibi ille debet, & in hoc casu, si verè debitum fuerit, liberatio diceretur legata, ut *Paulus in §.1.hujus l.25.* respondet; At si debitum verum non fuerit, & tùnc distinguendum idem Juris Consultus voluit, & observandum, utrum testator certam quantitatem, sivè certam rem in legato expressisset, ita loquutus, (*Centum aureos, quos mihi Titius debet*, aut *Sticchum, quem mihi Titius debet*, eidem (*do lego*) & utile erit legatum, & si falsa demonstratio adjecta sit. Si verò expressetit quidem quantitatem, sed non ad Titium direxit verba, sed ad hæredem ex.gt. dixerit *hæres meus damnas esto centum aureos, quos mihi Titius debet, eidem dare*, & in hoc casu, & si tentari posset idem dicendum esse quod in altero mox dixerat, attamèn id non placere sibi *Paulus* innuit ea forsan ratione, quia cū hærede agens testator videatur eatenus eum gravasse quatenùs Titius deberet, & dandi verbum ad debitum retulit unde videatur jussisse damnas esto dare quod debet, idest si debet.

6 His ità distinctis, & omissis, quæ de *Cujacij* emendatione, aut Veterum Interpretatione dici possent jam satis cōstat quam pessimè *Faber* tex. verba illa ex §.1. *hujus l.legavi 25.D.de lib.leg.* sub *a.6.* (*vel Sticchum, quem debes, hæres meus damnas esto non petere*) tanquàm inepti Interpretis dispungenda

7 voluerit. Idve nedùm quia contrà librorum omnium fidem, in quibus ne vel levis quædā correctionis est conjectura, emendat, sed quia cum de legando debitum eidem debitori tractetur, & duo tantū legandi formulæ adsint, quibus aptè testatores utantur. Etenim non simpliciter dicere poßunt (nam locutio māca foret) *Titio centū aureos, quos mihi debet*, sed addere eos oportet aliquid quod quidquid agunt exprimat, & cum hoc duobus modis fieri possint, uno addēdo hæc verba (*do lego*) alio adijciendo illa (*hæres meus dare damnas esto*) cū primo modo usum testatorē apud *Paulum* dicere non possimus, nam eum primo, modo legatum est aliter dicēdum idem *Paulus* voluit, oportet omnino, ut secundo modo usum testatorem in legando ponamus, scilicet ita loquutum *Titio centum aureos, quos mihi debet: hæres meus ei dare damnas esto* ita namque oratio supplenda est, ut sensum habeat. Hoc autem posito, cum altera, ex duabus formulis quas solas adesse dictum est nempè illa in qua dictum (*do lego*) utile legatum esse dixerit Juris Consultus; sequitur necessario, quod in altera formula nempe in illa in qua dictum (*damnas esto dare*) si ea testator usus fuerit, inutile legatum conclusèrit nam ita distributio partium in tex. expostulat.

8 Igitùr non in lectione recepta emendanda, sed in investiganda ratione distinctionis inter unam, & alteram speciem laborandum erit, quandoquidèm, quam *Faber* attulit *a.7* scilicet multum referre an certam quantitatē testator ipse dederit, an hæredem suum dare dānaverit eo quod in hoc casu illud testatorē animo agitasse verisimile sit, ut si nihil hæredi Titius deberet, nihil Titio hæres daret;

9 parùm apta ratio est. Primò quoniam principium petit, & Respondet quod quærimus nam unde verisimilitudo ista, quod testator non voluerit hæredem dare, nisi debere constiterit, & cur locū habeat, cum hæres dare damnavit, & non cum ipse testator legavit? Secundò quia nō exprimitur qua de causa differentia inter utrumque modum statuitur si aliàs certum quod etiam cum testator ipse legat; adhùc hæredem ipsum damnat, ut liberet, non enim liberat, ipso jure testator, sed ab hærede consequi legatum vult scilicet liberandum debitorem legatarium mandat & in hoc utilitas hujusmodi legati consistet *§. si quis debitori instit.de leg.*

10 Dicerem ego, donèc alij meliora afferant, quòd

quòd cum testator ad hæredem sermonem dirigit cum vetare potiùs, quam dari aliquid jubere existimamus; ideoque cogitate illum potiùs de privando hęrede commodo exactionis, atq;de excludendo illo ab utilitate crediti, & deindè & per consequens cogitare de conferendo beneficium debitori. hinc si appareat creditum non adesse atque ex inde otilitatē exigeodi hæredem non habere, nil aliod tractaodū erit, & quia inutilis prohibitio exactionis, inutile legatum. At quotiès cum Titio loqoitur eique legat quia adhùc vult testator beneficium Titio legatatio inferre, eumque accipere, & hoc eredit futurū si debitum ei remittat, ideo, & si debitum non adsit, adhùc ne io expleta voluntas patrisfamilias remaneat, ab hærede tanquàm legara, expressa summa præstanda erit.

11 Practici verò, suos sequutos Interpreres plutibus modis, quod hic, & quod in *l. penult. D. de liber. leg.* proponitur, distinguere solent, cum agitur de debitore testante, & quidem si is sciens non debere legaverit, ut in dubio præsumendum esse volunt post *Accursium in l. 1. §. adeò D. de dote prælegata, & in l. Lucius §. quisquis D. de leg. 2. & Salycetū, Castrensem, & Corneum in l. 1. C. de falsa causa adjecta leg.*) tunc observandum erit, quibus verbis usus fuerit, & quomodo expressa quantitate legaverit; Nam si *centū aureos, quos Titio debet, eidem, do, lego:* dixerit aut *centum aureos, quos apud me habeo*, aut *quos apud me deposuit eis lego*, in hoc casu licet falsa demōstratio adjecta legato sit, adhùc validom illud esse volūt; at si modo ab hoc diverso loqoutus fuerit, nempè adiecto telativo, *illos centum aureos quos debeo*, aut *illos quos apud me deposuit* aut *quos Titij apud me habeo eidem Titio (do lego)* invalidum esse legatum affirmant quasi testator ad illos tantum quos sciebat se non debere se restrinxerit; ideoque inutiliter legare voluerit, ità ratiocinando eum *Oldrado*, & cum *Castrensi in l. si servus §. qui quinque D. de leg. 1. cum Felino, Ripa*, & alijs, à quibus *Eman. Costa select. Interpret. lib. 1. cap. 5.*

12 Ar si non debere ignorasset testator adeoq; errore ductus tanquam deberet legasset tunc legatarium exceptiooe doli repellendum esse volunt ijdem DD. qui suprà, & cum eis *Costa num. 4.*

Cæterum oon admodum Practici soliciti sunt de conciliatione *Vlpiani in l. si sic 15. §. 1 D. de leg. 1.* cum *Paulo* in hac *l. penult. D. de lib. leg.* scientes circa eam digladiari *Repetentes*, ut apud *Castrensem, Soccinum, & Alex.* ex una *Cumanum, & Iasonem*, ex alia videre est. unde eorum Meliores se referunt ad ea quę attulit *Costa sub n. 9. cap. supra citato.*

13 Rursùs id ipsum, qood de legato cui quantitas adjecta à sciente testatore fuerit, dicendom in dote legata expressa certa quantitate communitèr volunt; nàm sivè mi oor dos fuerit eo quod expressum est, sivè nulla, Mariti legatum mulier consequetur, ut *Bartolus in l. cum scriptum 7. D. de dote præleg. Bald. cons. 211. Alexand. cons. 32. in fine vol. 4. & sequac.* scripsère.

14 Sed cum dictum supra fuerit legatum non valere, si non expressa quantitate relictum sit cū tantūmodo testator dixerit se legare, qood debebat, aut qood ei debebatur, si non debere, aut ei non deberi constitisset, hujus assertionis eā esse rationem Nostri dicunt, quod certificari hujusmodi legatū non potest. hinc Regulam desumunt, quòd exceptis quibusdā casibus, si non apparet quantum aut quod

15 legatum fuerit legatum non debebitur, eamque explicat latè *Mantica de conject. vol. lib. 9. tit. 1.* est enim legatum incertum, quod vix favore piæ causæ, aut dotis sustineretur, de qoo idem *Mantica sub num. 3.* qui & illud etiā singulare notat post *Baldum, Gomezium, & Alexandrum*, quòd si testator debita sua legare dixerit credita legare intelligendū erit; nempè non quod debebat, sed quod ei debebatur, nam ita explicando validum reddetur & otile, ut differit idem *Mātica sub tit. 4.* ejusdem libri.

16 Denique illud communiter receptum est, quod legato debitoris Nomine, noo ad aliud tenetur hæres quam ut actiones cedat, & jura, ut adnotavit *Rovit. dec. 57. n. 5. Morosini resp. 5.* vide *Altomarum*, qui alios adducit.



CAPVT III.

Ad tex. in l. penultima D. de const. pecunia.

SVMMARIVM.

1 *Accursij sententia.*
2 *Secundum illam, & Cujacij expositionem explicandus textus in l. penultima D. de constituta pecunia.*
3 *Fabri lapsus.*
4 *Reicitur Fabriana ratiocinatio.*
5 *Altera Fabri oppositio.*
6 *Diluitur.*
7 *In Constituto debitum non augetur.*
8 *De conciliatione l. 18. de constituta pecunia, & l. 59. de solutionibus.*
9 *Explicantur Pauli verba in d. l. 59.*
10 *Repetentes benè hanc l. penult. exponere, & melius quam Cujacius.*
11 *Item melius quam Faber.*

12 Prag-

12 *Pragmatici tradunt, quod per Constitutum potest augeri obligatio quo ad vinculum.*

13 *Nisi ex falsa causa interpositum Constitutum.*

14 *Etiam nudo pacto factum Constitutum obligat.*

15 *Debet constare de debito antecedenter ad Constitutum.*

16 *An qui constituit habeat beneficium excussionis.*

1 QUod in specie *l. penult. D. de const. pecunia* ponendum sit pecuniam uni tantum debitam à principio postea eidem creditori atque cuidam alteri fuisse constitutam, jam *Accursius in Glossa* ad ver. *pecuniam* monuerat, unde desumpsit *Faber*; Hinc hoc posito, & si *Cujacij* emendationē *lib. 3. obs. c. 20.* non recipiamus, adhùc ejusdem explicatio-
2 nem, quæ & *Accursij* quoque, & *Bartoli* fuit, nos sequi oportebit, & proinde dicendum erit quòd *Pauli* verba, *si quis duobus pecuniam constiterit, tibi, aut Titio, & si stricto jure propriæ actioni pecunia constitutæ manet obligatus etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvatur*, exponenda sunt de pristina actione illa, quam tu habebas, antequàm constitueretur, & sensus erit ac si dixisset J. Consultus *propriæ actioni* pro ea pecunia quæ nunc constituta est, ad hoc enim, ducit quod dixerit propriæ actioni; siquidem propria actio creditoris illa prima est non autem secunda de cōstituta, cum communis hæc sit illi, & Titio adiecto.

3 Hinc *Faber* miserè hic labitur, cùm *Cujacium*, aliosque reprehendens tractasse Juris Consultum de actione constitutæ pecuniæ, eamque propriam dixisse creditoris, quando non propria hæc ut diximus, sed communis creditori, & adiecto dicenda erat, Nec verba *pecunia constituta*, quæ *Fabrum* præcipitem egère, turbare debebant cum ita cōmodè exponantur, ut *Bartolus*, & sequaces docuère, ut verbis illis circumscriptam intelligamus propriam actionem, quam habebat creditor, & propter quam pecunia fuerat constituta, sivè ut *Bacovius* notat ad *Treutl. disp. 23. Thesi 11.* priorem actionem ex stipulatu, quæ competebat nomine pecuniæ, quæ posteà constituta fuit.

4 Rursùs dum inter Constitutum, & stipulationem ratio nulla differentiæ considerari possit; nam illa, quam idem *Faber* assignat sub *num. 4. & 5.* Primò perpetua non est, & in præsenti non concludit, dum ut advertit *Bachovius* etiam in Constituto, sicut, & in pacto præcedere interrogatio potest, & tamèn in terminis pacti, vel Constituti illud subsistet, si responsio, vel non congrua, vel non statim, vel ex scripto subsequatur, & proinde in hoc casu etiam in terminis Constituti, si vera foret *Fabri* ratiocinatio, deberet ipso jure liberatio cōtingere; Secundò ex hac *Fabri* excogitata differentia, posset pro *Cujacij* emendatione, ut pro communi explicatione concludi: quippe quod dato, quod ideò in stipulatione liberatio ipso jure cōtingat, quia Creditor interrogando promissorē, an sibi, & Titio soluturus sit, videtur mandare, ut Titio adjecto solvat ex *Pauli* Responso in *l. 59. D. de solutionibus*, & dato quod in Constituto hujusmodi mandatum non adsit; quoniā nulla ex parte creditoris præcedit interrogatio. Id omne prorsus concludet priorē actionē pro qua constitutum fuit adhùc etiam postquam adjecto solutum, est manere, nèc liberationē per solutionem sequutā contingere potuisse; quoniàm mandasse creditorem solutionē fieri adiecto, intelligi non potest; atque ita ex hac ratione sequeretur pristinam actionem adhùc post solutionem stare, hoc autē si concedas, & stare eā & stare etiā actionē constitutę pecunię dicas. Respondeā verum id esse non posse, nam cum in Constituto opus mandato non sit, nèc subintelligi illud oporteat, quotiès quis quod Titio debet, se Titio, aut *Cajo* soluturū constituit; tunc utrique eadem Constituti actio est, & quoad actionem Constituti Titius, & *Cajus* æquale jus habent, & proinde alteri eorum facta solutione actio de Constituto ceßabit nec amplius debitor ea tenebitur. Finge quod Titio debebam Titio, & *Cajo* me soluturum constituisse, quod fieri posse *Vlpianus* docet *in l. eum, qui Ephesi §. quod exigimus D. de const. pec.* finge q̀ posteà *Cajo* solverim? peto remaneat ne adhùc actio constitutę pecuniæ adversus me? nequaquàm; quoniam cum constituerim, & *Cajo*; ei rectè solvi, & ampliùs de Constituto tractandum non est. Remanebit tamen Titio, cui solutio facta *Cajo*, sicùt & Constitutum à me ambobus factū inferre præjudicium non poterat, actio ex credito suo adversus me. Hoc autem cum dicendum quoque fuisset in specie hujus *l. penultimæ*; nàm solutio facta, non poterat creditori damnum inferre: ut succurreretur solventi, exceptionem ei dedit Juris Consultus, ea de causa, quia in constitutione pecuniæ facta à debitore in beneficium etiā adiecti, consensum ipsius creditoris interfuisse supponitur. Et hoc fuit quod exceptionē debitori peperit; siquidem quod electionem solvendi creditori, aut adiecto consequutus fuerit debita ipsius creditoris approbatione consequutus videbatur.

5 Sed his opponit *Faber*, quod si verum esset actionem de Constituto per solutionem factā peremptā fuisse. Verū etiam erit quod crediti quoq; prior actio sublata sit; nàm quanquā duas actiones in præsenti, alterā civilē, prętoriam

tiam alterā suppetere, ex §. *de constit. instit. de actionibus* edoceamur utramq; tamēn unius solutionis potestate sublatam intelligimus ex eo, quod cum unum debitum sit, sicut Constituto minimè novatur, aut diminuitur, ità, & minimè augetur, ut Juris Authores ratiocinantur in *l. item illa* 18. §. *ult.* & *l. sequ. D. de const. pecun.*

6 Huic autem oppositioni in promptu Respōsio est, etenim tūnc vetum per unicam solutionem uttamque actionem extingui, & liberationem consequi ab utraque; cum rectè solutio processit, & personæ habili, non cum alteri quam creditori, & non cum ei qui non utramque actionem habebat, alioquin si quod scribitur in *d.* §. *ult. l.* 18. prorsùs indistinctè fotet intelligendū, & eos solutio quomodocumque facta juvaret, sequeretur solutionem factam ei cui non debetur, adhùc à vero debito liberare, quod falsissimum est *l. qui hominem* 34. §. *si nullo, & passim D. de solut.* Hinc cum in specie de qua agimus adiecto in Constituto, ideſt non creditori, neque ei, cui mandasse creditorem subintelligi possit, solutio facta proponatur, sequitur quod liberationem non parit ipso jute à debito; atque à prima actione, licet pariat quoad obligationem ex constituto contractam. Sed & si hoc summo jure obtineat quoniàm tamēn, ut diximus electio quæsita est debitori, adiecto quoque solvète possit ipsomet creditore approbante, succurrendum ei per exceptionem Juris Consultus conclusit.

7 Nèc tamēn quia debitor solvendo adiecto in Constituto quamvis actione de Constituto liberatur, pristina teneatur ideo debitum pet constitutum auctum fuisse sequitur contra Regulam *l. ubi quis* 28. & *similibus D. de const. pec.* etenim quoniam idipsum creditori debetur etiam post constitutum, quod priùs debebatur, atque eadem quantitas, & eodem modo, nō auctum debitum satis cōstar, & quod etiam debitor voluntariè alteri quoque teneri voluerit, id non fuerit debitum auxisse; nàm neque ità dicimus; cum ipse debitor, quod Titio debet, constituat se *Cajo* soluturum, aut cum ad diem debens cōstituat, citeriori die se soluturum, ut in specie *l. sed & si* 4. *D. de const. pec.* In his enim non nova aliqua obligatio contrahitur, aut nova acquiritur actio, sed prior pinguior fit. Hinc, & si solvendo adiecto in specie, de qua agimus nova obligatione facta, liberetur debitor ejusque actionem extinguat, attamèn prior remanet, atq; idem debitum testat non auctum, nec minoratum.

8 Insuper quoad textus in *l.* 8. *D. de const. pec.* & in *l. si ità stipulatus* 59. *D. de solution.* quanquam pro eorum conciliatione apta sit *Accursij* distinctio intet eum, qui stipulatus fuerat, sibi, aut Titio solvi, & postea sibi soli debitū ex solvendum constituit, & eum, cui simplicitèr non adiecta particula soli constitutum fuerit, quam distinctionem *Faber* hic defendit *a num.* 7. & *Dion. Gothofredus ad d. l.* 8. adhùc tamēn si proponas Constiturum à debitore factum dempta particula (*soli*) in beneficium creditoris illius summæ, aut rei quā eidem, & *Cajo* adjecto spoponderat soluturū, tamēn si nō obstante Constituto adiecto solvat subtiliùs cum *Cujacio* dicetur *Bachovij judicio*, liberationem ab obligatione cōstitutaria quæ separatā peperit actionem non consequuturum debitorem, licet consequatur ab actione pristina: ex stipulatu; hinc per exceptionem ei succurrendum erit, nam secundum formam stipulationis, quæ per Constitutum

9 mutata non erat exsolvit. Quod autem *Paulus*, ait in citata *l.* 59. *D. de solut. & liberat.* in illis verbis. *Si ita stipulatus sit, mihi, aut Titio dare spondes, & debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituto actio, potest adhuc adiecto solvere*, vel non obstat *Cujaciana* assertioni, nam id non importat, ut perperàm *Faber* exponit, quod, is qui solvit, ipso jure liberationem consequitur quando ex eo, quod liberationem quidē consequatur exceptionis ope, & quod consequatur eā à pristina obligatione licet non ab obligatione cōstitutaria, potuit JurisConsultus dicere eum solvere potuisse; vel hoc ipsum quod in *d. l.* cōcludit pro *Cujacio* facit, nam exceptio illa, (*quàm vis mihi competat de cōstituto actio*) posita intelligitur à J. Consulto, vt affirmatet competere actionem etiam post solutionem; siquidem non repugnat post solutionem cōpetere de Cōstituto actionem, & tamen quod adjecto solvi potuit; etenimquia forma stipulationis servata est, solutio exceptionem solvēti debitori acquirit.

10 Sed quis credat in expositione *hujus l. penultima D. de const. pec.* multò meliùs *Cujacio*, *Accursius*, *Bartolus*, *Salycetus*, & *Castrensis*, cæterique *Repetentes* se gerere; nàm veram tradentes explicationem, Receptam lectionem mutare piaculum duxerunt, eique juxtà fidem omnium Codicum adhætere voluerunt, quod non parum in hiis qui jura intetpretantur laudandum est, laudandum etiā non parum quod fecerint in interpretatione hūjus *legis penultimæ*, quoniam receptam lectionem significantiorem esse *Cujaciana* emēdatione ex eo apparet, quod aptiùs dicet Juris Consultus *propria actione*, quàm *priori actione*, dum ab hac secunda lectione non exprimeretur, (quod necessario ponendū est) à principio uni fuisse debitū, & deindè alium fuisse in Constituto adiectum, quod cū non fuerit in priori obligatione non exprimetur dicendo *priorem actionem*, at exprimetur di-

dicendo *propriam actionem*, nam ex eo quod prima actio propria crediroris dieitur inrelligimus à principio solum creditori stipulatū solvi nemine adjecto, ut fuitpostea in Con-
11 stituto. Nec solum meliùs, quàm *Cujacius* vulgares Interpretes se gessère, sed etiam multò meliùs quàm *Faber*; nàm pristinam actionem manere, eique occurrendum esse exceptionis ope scripsère, quamvis de Constituto actio fuisset solutione sublata, quomodo J. Consultum dixisse jàm suprà probavimus.

12 Qui verò in foro versantut solent, & ipsi de Constituto, & constituta pecunia tractare, & post *Jasonem*, *Crispinum*, *Mising.* & similes pleraque adducere ex *d. §. in personam, & §. de constituta inst. de actionibus*, sed ad rem nostrā illud Primò adnotant, & rectè quod & si Regula sit, quod per Constitutum, debitum non augetur, cū non possit quis constituens se debitorem nomine alterius in plusquam principalis debitor obligari *l. eū qui Ephesi §. quod exigimus D. de const. pec. Capyc. Latro consul.* 13 *num.* 19. adhùc ea non obstante, solet quandoque vinculum obligationis augeri; nàm si quis inefficacitèr obligatus, posteà se soluturum constituit, per Constitutum illud, efficacitèr obstringetur juxta tradita ab *Afflicto dec.* 117. *num.* 3. quo in loco Addentes videndi, & à *Guidone Papa singul.* 611. nisi ob falsam causam quis constituisset, quam esse veram per errorem putasset: ut advertit *Decius consf.* 475. *n.* 31. Et tursus si quis non quod ipse, sed quod alius debet constituat se soluturū, poterit in plus tenerì quam debitor principalis, ut puta si ille naturaliter tātum obli-
13 gatus fuerat, vt edocemur ex *Bartolo l. hi, qui* 35. §. 16. *de fidejussoribus*, & sequacibus, nō tū obligabitur constituens si principalis debitor erat tutus exceptione aliqua, ut advertit ex *Mantica de tacitis, & ambiguis lib.* 19. *tit.* 3 *n.* 1. idem *Capyc. Latro consult.* 120. *n.* 9.

14 Adnotant Secundò tantam esse vim Constituti ut efficacissimè remaneat obligatus, qui quod alius debet, se soluturum constituendo promiscrit, licet nudo pacto id fecerit, & exponendo, & promittendo se soluturum quod alius debet ut in specie de qua *Gaitus de credito cap.* 4. *q.* 11. *nu.* 2350. & de qua meminit *Reg. Capyc Latro* ubi suprà *n.* 17 *Rota Jannensis decis.* 41. & 45. id quod *Masefilanus* produxit etiam ad pactum nudum & ex intervallo appositum. Debet tamen de debito principalis constare ad tradita à *Franco dec.* 343. quod sanè debitum adversus ipsum principalem non constabit ex simplici constituentis confessione, ut idem *Francus*
15 & post eum *de Luca* advertit ex *Ciriaco cont.* 626. *num.* 110. cum secus esset si ipsemet principalis debitor constitueret, nam huic confessionem suam nocere ex Nostro *Fabro* in Rationalibus ad *l. publia §. fin. D. depositi.* idem de *Luca* adnotavit; qui cum postea adijciat, quod confessio debiti à principali debitore facta post constitutum illud non convalidet, si aliàs de debito non constiterit ex *Surdo dec.* 218. *Grat. discept.* 49. *n.* 32. *Ciriaco cont.* 546. *num.* 8. non mihi satisfacit, siquidem, & si verum quod debitū debeat praecedere Constitutum, nō tamèn verum quod debeat nedum esse, sed probatum esse, & elatum; adeo ut de eo evidenter constet. nisi dicamus confessionem post Constitutum à debitore factā, fuisse fraudulenter factam, aut non factam de debito quod prius reveta constiterat, sed ut tunc conttaheretur.

16 Caeterum cum qui pro alio se soluturum constituit loco fidejussoris sit, soler plerumq; dubitari, an beneficium habeat excussionis, & *Guido Papa dec.* 194. & *singul* 611. negat, & stylum suae Curiae defēndit, in non admittēdis hujusmodi exceptionibus; Alij tamèn affirmant, ut Additionator refert ad eundem *Guidonem Papam ex Azone in Sūma in Praf. Auten. de fidejussoribus* 2. *col. ver. Item quaritur. de Luca* autem ubi supra post *Casarū Peregr. quast.* 13. *nu.* 13. *Gaillum obser.* 28. *nu.* 6. *Colerū de processu executivo partic.* 10. *n.* 299. distinguit inter eū qui simplicitèr cōstituit, se soluturum, quem vult gaudere; & eum qui uti principalis se constituit soluturum quod alius debet, quem gaudere posse excussionis beneficio negat; quasi non semper quod quis se soluturum quod alius debet promittit sēper se principalem debitorem faciat; & foret omninò idem constitutum, quod fidejussio cum similia quidem esse, sed non idem, tot juris Nostri locis probetur.



CAPVT IV.

Exponitur tex. in l. cum societas 69. D. pro socio.

SVMMARIVM.

1 *Difficile hoc Responsum.*
2 *Fabri assertio.*
3 *Discutitur.*
4 *Pactum de expensis subeundis inutile, nam citra illud id societas expostulat.*
5 *Repetentium sententia.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Potest fieri pactum quo vnus ex socijs inaqualis reddatur caeteris.*
8 *Qui societatem ad emendum fecit potest citra fraudem aliquat rei suo tantum nomine emere.*

Cc 9 *Qui*

9 *Qui mutuatur ad emendum, & stare lucro non damno velit; non socius, sed usurarius.*

10 *An socij teneantur de promissis ab altero socio factis.*

1 REsponsum, *Vlpiani*, quod extat in *l. cum societas 69. D. pro socio* in hæc verba, *Cum societas ad emendum coiretur, & conveniret, ut unus reliquis nundinas, idest epulas, (sivè nundinarias epulas) præstaret, eosque à negotio dimitteret, si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est*, visum difficile *Cujacio* est *obser. 4. cap. 27.* nèc injustè, quippequod in proposita specie de eo, qui societatem ad emendum coiverat, & promiserat cæteris nundinarias epulas præstaturum, quare si is promissis non stetit adversùs eum actio ex vendito nascatur; invenire per difficillimum est: Nèc quod comminiscitur *Faber* hic *num. 6.* aut verisimile est, aut saltèm aliquid aptius continet: quam quæ à *Cujacio* allata; est etiam prorsus à mente, & à verbis
2 Juris Consulti alienum; siquidem dicere quod ideò actio ex vendito in proposito nascitur quia cum socij, qui emerant, teneantur societatis judicio res absè emptas cum socio, qui non emit, communicare; & viceversa, ab eodem possint pretium exigere, in his alienatio est, & species quædam emptionis, & venditionis contrahitur.

3 Hoc in quam dicere est toto cęlo aberrare; primò, quia cum omne quod fit, nempè communicatio rerum emptarum, & pretij exactio fiat judicio societatis, & actione pro socio frustra actiones ex empto, & vendito his qui agere volunt accommodantur, quando proprias habent quibus experiantur atque quod sibi debetur consequantur.

Secundò quia, & ineptum esset dicere quod proptèr imaginem quandam emptionis, & venditionis quam negotium habet nascantur, nedùm societatis actiones, quæ satis forent; sed etiàm, empti & venditi.

Tertiò quia observari oportebat, quod non propter communicationem rerum emptarũ, sed proptèr epulas non præstitas controversiam ortam fuisse proponebatur; nã quamquã legeres cũ Haloandro (*eosq; ad negotiũ admitteret*,) adhùc verba, quæ sequũtur (*si eas eis non solverit*) ostendunt promissorem defecisse non ab admissione ad negotium, idest à rerum emptarum communione, ut ponit *Faber*; sed à solutione epularum promissarum, & proinde propter hãc præstationem, non propter cõmunionem denegatam datas esse vẽditi actiones. Nec dicendum cum eodem *Fabro* epulas solutas ab illo qui ad emẽdum iverat fuisse, ideoque esse quæstionem cum illis qui emptarum rerum volebant communionem, cum tamen epularum pretium pro sua rata exsolvere, ac restituere ei qui expenderat nollent. Nàm id adversùs *Vlpianũ* assereretur, qui ait *Si non solverit epulas iuxta convẽtionem*, quod idem est, ac si dixisset si non præstiterit juxtà promissa. Nam alioquin scripsisset *Vlpianus si iam præstitarum epularum pretium*, vel si epularum pretium *non restitueret pro sua rata*, aut *non solverit* quia non de solutione epularum jam solutarum, sed de pretij recuperatione pro rata à consocijs ageretur.

Quartò quia, & si daremus emptionem, & venditionem consistere in pretio exigendo, & in rebus emptis cõmunicandis; & demus etiã socium qui communionem rerum emptarum efflagitabat, noluisse expensas in epulis factas pro sua parte præstare; adhùc nulla ratio est ex qua actio ex vendito detur, nam quæ venditio? aut quæ venditionis imago in epularum expensis pro rata societatis subeundis, aut non subeundis? sanè debuerat Juris Consultus, si aliam, quam pro socio actionem dare volebat, potiùs actionem ex pacto, & ex conventione, quàm ex vendito dare.

4 Et denique quænam hæc pactio est, ut societate ad emendum contracta, socius pro sua rata expensarum factarum nomine teneatur, si societas ipsa etiam citra ullam specialẽ Conventionem id exposcebat? igitur si *Cujacio* assentiri nolumus, aliquid aliud subtiliùs & verisimilius comminisci oportebit, quod & nos fecimus *Suspicionum libris*.

5 At *Repetentium* omnium *Baldus* hanc *l. cũ societas D. pro socio* meliùs explicasse videtur; nàm ipse ex eo, quod duas actiones *Vlpianus* concedit duos celebratos fuisse cõtractus advertit; alterum respectu societatis, alterum respectu epularum præstandarum, & ex hac animadversione poterit ad verum sensum hujus legis perveniri.

6 Cæterùm alij, cum quibus *Pragmatici* obscuram fuisse pactionem in specie proposita exclamant; ideòque explicationem adversùs ipsum paciscentem factam secundùm Regulã allatam ab eodem *Baldo*, alijsque ad *l. veteribus 40. D. de pactis*, & ad *l. ab eo 21. D. de contrahen. emptione*, quam exornant *Nellus in tract. de testibus p. 1. n. 122. Gallinius de verborum significatione lib. 3. cap. 18. Tiraquellus ad l. si unquam in verbo donat. largitus nu. 93. C. de revoc. donat.* & alij, cum quibus *Alphanus* in suis *collect.* juris civilis *collect. 248.*

Addunt quoque, quod si contracta societas fuerit, sed nulla intèr socios expressa divisionis cõventione, tunc oportebit divisionẽ fieri boni viri arbitrio, aut judicis; id quod quomodo exequendum, & quid si unus plus altero in societate contulisset agendũ, explicant cum *Menochio de arbitr. lib. 2. cap. 225.*

7 Porrò ad speciem Nostræ legis, in qua

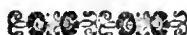
unus

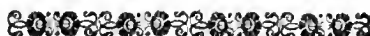
unus pactus fuerat, ut Cæteris omnibus epulis nundinarias præstaret, adnotari solet, quod pactum, quod unus ex socijs ad aliquid plusquam Cæteri teneatur, quinimmò, ut solus periculo rei subiaceat fieri potest, quamvis Regula velit, ut tes socijs omnibus pereat, ex *Rota Genuensis* authoritate in *dec.* 183. sicút, & valet pactum, ut si quis aliquid superadderet societati, certum quid præter alios consequatur, *eadem Rota, & Doctores* quaoquàm circa hujusmodi pacta inæqualitatem intèr socios importantia videndus sit *Cravetta cons.* 173. *& cons.* 1245.*n.*5. Faciebat quoque ad nostræ legis materiam species illa, de qua *Capycius* tractavit *dec.* 174. nàm in ea dubitabatur, an venditionis potiùs, quàm societatis dicendus foret contractus de quo ibi, quanquàm si hanc nostram legem secundùm *Fabri* expositiooem accipias, frustra id ibi dubitatum fuisset, quoniam poterat utrumq; concedi.

8 Insupèr cum hic contracta societas ad emendum proponatur, & actione ex empto cogi posse socium, qui emerat, ut res emptas, accepta pretij rata cum socio communicet dicat *Faber*, illius dictis addendum erit de sententia *Pragmaticorum* eatenùs id verù, quatenùs nomine societatis emisset, nam si nomine proprio, idvè publicè, & palàm alio socio sciente, & tacente, tùnc qui emit ad communionem cogi non poterit ex traditis à *Borg. Cavalcant dec.* 11. *de contractibus.*

9 Quòd si quis pecuniam dedisset alicui ad res emendas, pactus de lucro ex ipsarum emptione, vel venditione perveniendo, an societatis contractum, de quo in nostra lege, an verò mutui celebrasse videatur, quæstio fuit; sed placuit melioribus ita distinguere, aut pactus is fuit se lucrum, & damnum pro sua parte subiturum, & societas erit cõtracta *Guid Pap. dec.* 186. *Franc. Marcus q.*807. aut sors sive Capitale suum semper voluit salvum esse, & mutuum erit, & usurariç pravitatis sapiens, ut videre est apud *Nattam cons.*403. & sequ.

10 Denique ad id, quod hic dicitur teneri socium, si promissis non steterit, quçri poterit; quia certum est, quod socijs teneatur, an si alteri quàm socijs promisisset, ex illius promissione non adimpleta cæteri consocij teneâtur? & distinguendum voluit *Ludovicus commun. concl.* 53. *num.* 62. quem cæteri sequuntur.





CAPVT V.

Reijcicitur addita negatio à l. 3. D. de fundo instructo, & inst. leg.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus.*
2 *In his Martinus Glossator negationem addebat, quod arripuit Faber.*
3 *Sed defenditur lectio recepta.*
4 *Etiam ex l. deducta §. hæreditatem D. ad Trebell. quo ad partus*
5 *Sed non idem dici potest de detrimentis fatalium.*
6 *Quid posset probabiliter dici.*
7 *Quid Veteres Interpretarum Accursio.*
8 *Eisdem etiam difficile quod hic asseritur de fatalium detrimentis.*
9 *Quomodo secundum veterum sententiam lectio esset restituenda.*
10 *De suppletione facienda.*
11 *An fructus veniant in restitutione fideicommissi? distinguendum cum Mantica.*
12 *Qui emit sciens rem subiectam fideicommisso fructus à die contestata litis restituit.*

1 **P***Apinianus* io *l.* 3. *D. de funda inst. leg.* scribit *fundum instructum libertis, Patronus testamento legavit, postea Codicillis petijt, ut morientes partes suas superstitibus restituerent, nec instructi mentionem habuit; talem in causa fideicommissi deductum videri placuit, qualis fuerat legatus: sed medij temporis argumenta fœtuum, & partuum item detrimenta fatalium fideicommisso contineri.*

2 In his verbis, quòd postremò dicitur scilicet fętus, & partus, & detrimenta fatalium fideicommisso contineri, verum non esse, visum fuit *Martino* antiquo Glossatori, ideòq; inclinabat, ut negatione addita legeretur (*non contineri*) ut *Accursius* in Glossa ad *hāc l.* 3. retulit, id autem statim arripiens *Faber* contendit in hoc capite omnino addendam negationem esse respectu fatalium; quoniam verum non est ea detrimenta fideicommisso contineri, & contendit quoque sub *num.* 2. etiam respectu fœtuum, & partuum negativè legendum esse, quod non contineantur.

3 Sed quanquam quoad hæc ultima scilicet, quoad partus, & fœtus affirmativè, & iuxta receptam lectionem legendum esse *Papiniani* Responsum, illud primo convincat, quòd hi fœtus, & partus non tanquàm fructus in hac restitutione de qua agimus veniunt; sed

ut rectè advertit *Bartolus* tanquàm fundi instrumenta, & tanquàm sub nomine collectivo contenta; ideòque non obstat Regula, quod fructus percepti non veniunt in restitutione fideicommissi *l. in fideicommissa* 28. *D. ad Trebell.* quæ *Martinum*, & *Fabrum* movit.
4 Facit secundò quod id ipsum, quod in hac *l.* 3. ex *lib.* 8. *Responsorum* refertur constat ab eodem *Papiniano* replicatū *lib.* 9. eorumdē *Responsorum* in *l. deducta* §. *hereditatem D. ad Trebell.* ibi, *hereditatem post mortem suam exceptis redditibus restituere rogatus ancillarum partus non retinebit*, nec fœtus pecorum, qui *submissi gregis rediuent*.

5 Attamē quod ad detrimenta fatalium attinet; quia non contineri ea fideicommisso, idest gravatum non ea præstare apertissimis verbis *Vlpianus* scribit in *l. mulier* 25. §. *sed etiam D. ad Trebell.* quod in hac *l.* 3. dicitur. *Item detrimenta fatalium fideicommisso contineri* nullomodo recipi poterit, nisi cum *Accursio* alijsque supponas culpa non levi, aut dolo gravati ea detrimenta accidisse. Unde si id non placet, quia divinare est, omninò ad emendationem receptæ lectionis confugiendum erit, legendumque negatione addita non etiam detrimenta fatalium fideicommisso contineri, atque ita adsentiundum *Martino*.

6 Posset quis & probabilitèr dicere si velit, in eo sensu ità *Papinianum* asseverasse quod cum hæres gravatus debeat fętus & partus submittere in locum pereuntium ex fatali casu, videtur hujusmodi detrimenta, quæ supplet eum sentire, dū id quod fortuitò bona restituenda passa sunt, reparare eum oportet, & ut resarciantur curare, quod faciet juxta Regulam *l. scribit Celsus D. ad Trebell.* atque ità & medij temporis augumenta fœtus, & partus, & detrimenta fatalium fideicommisso contineri dicetur, si detrimenta accidant, quoniam hæc illis reparantur.

7 At si quid velint Veteres Interpretes investigemus, inveniemus quod & si viderint ipsi *Martini* attentatum circa lectionem hujus *l.* 3. *D. de fundo instructo*, & *instrum. legato* ex *Accursij* relatione *in Glossis*. Attamen quia *Accursius* plura in adversum attulit, ideo magis communitèr recepère affirmativam lectionem, & docuère quod partus, & fœtus fideicommisso continentur tanquàm ad instrumenta fundi spectantia in proposita specie; in qua nec verba testatoris repugnant, nā & si in illis nulla instructi mentio est; attamen jam satis intelligebatur ex ipsis de fundo instructo testatorem sentire; nam ut dicunt ijdem *Repetentes* subjecta per prædicata demonstrationem recipiunt, id quod latiùs explicant *in Comment. ad l. si Servus plurium* §. 1. *D. de legatis* 1. & recipiunt *Pragmatici* cum *Nicol. Boerio cons.* 4. *num.* 4.

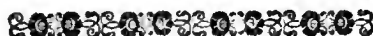
8 Est quoque apud eosdem difficilè illud, quod de detrimentis fatalium hic dicitur; nàm pugnat ut diximus cum *l. mulier* 22. §. *si hæres ad Trebell.* & quod de culpa lata, aut dolo *Accursius* comminiscitur vix potest admitti; nàm verba illa (*detrimenta fatalium*) ea quæ fato, & citrà culpam, aut dolum accidunt exprimere videntur; proindè Quidam ad negationem recurrendum fore crediderūt, & eò magis, quia in *Glossa* is, qui casum figuravit ad hanc *legem*, Negativè legisse visus est. Scripsit enim (*unde si medio tempore dicta ancilla habuerint partum, continebitur partus in fideicommisso, sed decedet fideicommisso illud, quod perijt per fatum*) & sanè quomodo decedere fideicommisso dixisset, nisi legisset negativè *fideicommisso non contineri*, quo posito si cum Veteribus dicendum foret
9 contineri quidem fideicommisso partus, & fœtus at fatalia non contineri, esset negatio addenda non ad verbum contineri, nam ita & partus, & fętus quoque excluderet, sed in antecedentibus verbis, & legendum: *sed medij temporis augumenta fœtuum, & partuum, non item detrimenta fatalium fideicommisso contineri*.

10 Sed cum Vulgò, & ab Interpretibus, & à Practicis receptum sit, quòd gravatus, & si regularitèr fructus post aditionem hæreditatis, vel post agnitionem legati perceptos restituere non teneatur, quia illi nō ad fundi instructionē ut in hac *l.* nostra, tamen si bonis hæreditarijs aliquod detrimenti, & si fortuitò accideret, supplere quod deficit, & resarcire damnum ex fructibus debet, ex Regula in citata *l. scribit Celsus D. ad Trebell.* & ex doctrina *Romani singul.* 261. & 265. *Ripa in l. in fideicommissum num.* 18. *D. ad Trebell. Cumani, Imolæ, & Alex.* ex quibus *Mantica de coniect. ult. vol. lib.* 7. *tit.* 10. *n.* 23., Hinc poterit insisti in lectione recepta dicendo, ut supra diximus, non pugnare *Vlpianum* cum *Papiniano*; nàm hic ultra quod voluit fętus, & partus restituendos tanquam ad instruendum fundum pertinentia, attamē, & si id non faciendum esset poterat dicere, & acutè, fatalia contineri; quoniam damna, quæ fortuitò in dicto fundo evenerant, gravatus ex partibus, & fętibus resarciendo supplebat.

11 Sed quoad quæstionem attinet de fructibus perceptis, & an illi in restitutione fideicommissi veniant, multo meliùs quam *Faber*, *Mantica* quem Nostri sequūtur, distinguendum voluit ubi supra, inter obventos testatore vivente, & obventos, illo mortuo, sed antè aditam hæreditatem, & in his intèr fatos à testatore, & in non fatis ab eodem, & demùm inter obventos post aditam hæreditatem; & ex hac distinctione ad quæstionem respon-

respondendum, ut & facit *Gaillus obser.* 133. *num.* 8. *lib.* 2. Egregiè etiam Regulam idem *Mantica* de nõ restituendis fructibus ampliavit, & limitavit eãq; per plures casus, & secùdùm varias conjecturas explicavit; ideòque qui hæc omnia scire velit, adeat eundem loco citato ubi *num.* 36. de fetibus Gregis rectè adversus *Ripam* pro communi differit sententia; quanqnam in eo verear ne vir doctissimus hallucinetur; dum sub eodem *num.* 36. ex eodem *Ripa*, & sub *num.* 39. supponit in hac *l.* 3. *de fundo instructo, & instrum. legato*, quam nominatim citat, Responsum fuisse, quòd gregis diminutio ad fideicommissarium spectet, quod sanè elici ex hac lege non potest; nam dicitur quidem ad fideicommissum augumentum spectare; sed dicitur detrimenta fatalium, ex quibus diminutio fit gregis fideicommisso contineri, idest ad gravatum, non ad fideicommissarium tinere.

Denique & illud adnotare libet, quòd si quis sciens rem subiectam fideicommisso à gravato emerit, ea re demùm à fideicommissario vindicata, fructus quoque; sed à die contestationis litis dumtaxàt restituit; ut *Magonius* notat *decis.* 33. quod an dicendum sit de melioramentis in eadem re factis, Vide eundem *Magonium*, & *Gaillum obser.* 121. *num.* 12. *lib.* 2. & *Natta cons.* 321. *num.* 11.



CAPUT VI.

Recipitur Cujacij emendatio ad §. ult. legis si mulier 59. D. de Iure dotium.

SUMMARIUM.

1 *Fabri opinio circa hanc legem.*
2 *Ejus emendatio reijcitur.*
3 *Recipitur emendatio Cujacij.*
4 *Ostenditur probabilissima.*
5 *Obiectio Fabri.*
6 *Diluitur.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Quidve Pragmatici.*
9 *Dos si matrimonium non sequatur, non debetur.*
10 *Et si dissolvitur quo ad Torum, restituitur.*
11 *Aget mulier ad dotem, & si illa fuisset non sibi, sed viro à principio promissa.*
12 *Sed tutius aget, si impetret ab heredibus viri cessionem.*

1 Lectionem receptã in *l. si mulier* 59. *D. de jure dotium*, *Faber* quoq; emendandam contendit; in ver. *si enim*, ex quo apparet, quod nõ illius religione ductus; sed quia minùs probabilem, & parum elegantem *Marcelli* sententiam faciebat, reiecit emendationem alteram, quam *Cujacius* 13. *obser. cap. ult.* proposuerat; sed investigemus quis eorum meliora attulit.

2 Et primò, quoad *Fabri* emendationem attinet qui in illis verbis: *igitur si mulieri donaturus dedisti, Dominus condicet, quemadmodum si eum, qui sibi donaturus esset, mulieri ipsam donare jussisset* legit *mulieri ipsi* hęc & si levis, parùm tamèn ingeniosa est, & quæ minùs elegantem *Marcelli* sentẽtiam redderet. Cur enim *Marcellus* ab uno ad alium casum trãsiret, de eo, qui donaturus mulieri nõ liberę, facit ut alter qui sibi donaturus erat, mulieri donaret, quando hic secundus casus ad quẽ transit nec rationem dubitandi difficiliorem, nèc elegantiorem habet tractatum? Quid enim interest jure civili inspecto, an si quĩ mihi donaturus est, jubeam servo meo donare, per qoem mihi acquiratur, an verò mihi donare faciam; dum in utroque casu eadem acquisitio est, & sicuti per nosmet ipsos, ità & per servos nostros nobis acqoirimus, & quid novi circuitus ille per servum, non per seipsũ immediatè acquirẽdi ad propositum importabit? an dicemus contrà iuris Regulas Dominum, qui per servum acquirere vult, hoc ipso acquisitionis incapacem fieri, Et proin-
3 de dubitari, an acquisiverit? At cum hæc omnia in *Cujaciana* emendatione non eveniant; Etenim secundum illam marito donatio fit, remanet quid in controversiam deduci poterat idve erat; an domino mulieris condictio competeret? quoniàm nisi donantis intẽtionẽ attenderemus jam alteri, quàm servæ donatum foret; Et quod alteri qoàm servæ donatum est, non eodem modo acquiritur domino, sicut acquiritur, quod ei, aut ejus iussu servæ suæ donatum est.

4 Secundò circa *Cujacij* emendationem legentis in superioribus verbis (*quemadmodum eum, qui sibi donaturus esset, mulier ipsa marito donare iussisset*) observandum erit, esse eam nedum *Fabriana* probabiliorem, sed absolutè probabilissimam; etenim pro ea facit *Graecorum* authoritas, similitudo literarum, ex quibus sumitur, & in quibus verisimilitèr librarij festinantes errando, potuère errandi causam sequentibus oscitanter se gerentibus dare; facit quoque quod plerique viri doctissimi recepère eam, inter quos est eruditissimus *Dion. Gothofredus*, qui in notis ad hanc legem, *Cujacij*; emendationem ingeniosissimam, restitutionem appellat. Nec verum est eam parùm elegantem *Marcelli* sententiam redde-

reddere;nàm quinìmmò elegantissimam facit & in specie dubitabiliori prolatâ,ut idem *Faber* fatetur, siquidem major dubitandi ratio est; cum quæritur an Domino acquiratur, cum mulier serva eum qui sibi donaturus fuerat, marito suo donare jubet; qoàm si quæreretur,anſi dominus, qui sibi donatnrus est, an cillæ suæ donare faciat,id quod donatum est sibi acquiratʔetenim in primo casu adest volūtas donàntis, quæ adversa à Domino videtur, adest quod ut nubat mulier serva donat; in secundo casu nil eorum adest; quoniàm donans Domino donaturus eidem per servam donat, quod idem est, ac si ei donasset.

5 Sed *Faber* iterùm opponit, & ait in verſ. *nisi forte*, quòd si quis velit scripsisse *Marcellum donare* pro *dare* is parùm probabilitèr

6 id asseverat. At Iterum responsio in promptu est; quod rectissimè *Marcellus* ità loquutus fuerit, facta relatione ad dantis intentionē, is enim dotandi animo mulieri donaturus, qood illa voloit egit, & in illius vicem donavit. Cæterùm *Interpretes* Greçi *dedit* explicant non *donavit* etiam rectè; nam ad juris potestatem potiùs, quam ad intentionem donantis, attendunt; nam cum revera donatio non consistat; dare potiùs videtur, quàm donare is,qui dat,& quãquàm cum donatio, doni datio sit,nō adeò impropriè donare pro dare, & è contrà usurpabitur, ut in *l.prædijs* 8 *C.de prædijs, & alijs rebus minorum*, & alibi passim.

7 Repetentes autem ex hoc §. *ultimo l.mulier D. de jure dotium* regulam post *Baldum* eliciunt qua communiter dictitant quod *in dote assignanda mens constituentis considerandæ est.* Itèm, & aliam quod *impedimento acquisitionis occurrente, non obligatur promissor.*

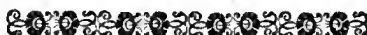
8 Has autem Regulas, *Pragmatici* recipiunt, qui animadvertunt in specie hujus legis ideò *Marcellum* condictionem concedere ei, qui existimans mulierem ingenuam, cum serva esset, decem in dotem dederat; quoniā nuptiæ inter servos constare non poterant, quod, & jus Canonum admisit, nisi tandèm vir, & si servam esse mulierem sciverit eam cognoverit *cap.2.in fine, ubi Canonista ex.de conjugio servorū*,&ex hoc deducendo tradunt

9 quod is, qui ad dotem agit consequendam antè omnia probare matrimonium sequutum debet ex *Franc.Marco q.70.par.2.* quoniàm in dotis promissione adest tacita conditio, si matrimonium sequatur *l.4.§.Lucius D.de pactis.* Undè extraneum, qui dotem dedit,non sequuto matrimonio, aut eo resoluto dotem recuperare, quanquàm aliquando alitèr evenire posse docet *Azo in Summa* sub *tit. de condictione ob causam.*

10 Insupèr adeò matrimonij causã cum dotis causa coniungunt, ut nedùm si matrimoniū non constiterit, sed si constitisset; verùm separatio ob causam fiat quo ad Torum, adhùc dotem restituendam volunt cum *Borgnino dec.18.de contractibus par.2.num.28.& Pres.de Franchis dec.244. Mantica decis.340. Genuensi, Cancerio, Seraphino* & alijs pènes *Reg. Merlin.cent.2.contr.cap.93. n.13.* & pònes *Lucā in cit.dec.244.* qui, & ibi & ad *decis. 312.* retulit, quid alij sentiant si separatio sequatur ob adulterium, aut ob furorem, & an idem, ac si sequeretur ob nimiam sævitiam.

11 Ad id verò, quod ex *Cujaciana* emendationè tex. *Noster* concludit scilicet quod si quis mulieri servç donaturus marito donet, adhùc quod datū est domino quæritur; nam & si marito mulieris tamen contemplatione, quinimmò ipsi mulieri datū est,libet adnotare quod tradit *Papon. lib.15.tit.4. Arrest. 3.* & novissimè sequuti sunt *Reg.de Marinis ad decis.Reverter.obser.424.Grat.discep. cap.49. & 362.* & alij apud *Torum in 3.par.compendij in vir.mulier, & Merlin.de pignorib.lib.3.qu. 79.* scilicet quod quamvis dos viro solvi promissa fuerit, adhùc tamèn viro mortuo agere adversus promissorem uxor poterit,tanquam

12 ei facta promissio fuisset, & si cautiùs mulier egerit, si ab hæredibus viri sibi actionum cessionē procuraverit, & ità intelligēdi *Guidon Papa q.375. Francus dec.33.& Marescottus Var.1.* siquidē quanquàm sit in praxi aliter receptum, ut & *Luca*, & Practici omnes testantur, revera inspectis juris regulis cessio necessaria foret, ut advertit *Olea de cessione jurium tit.4.q.6.n.39.* quidquid *Faber* dixerit in Codice *sub tit.de re uxoria,& Schiferdegerus tract.2.q.13.*



CAPUT VII.

Ad §. ex asse ejusdem l. si mulier D. de jure dotium.

SUMMARIUM.

1 *Verba textus.*
2 *Fabri superflua conjectura.*
3 *Id ipsum quod Faber, sed pressius Antiqui adnotaverant.*
4 *Concordant etiam Pragmatici.*
5 *Nec procuratori facere restitutionem fideicommissi gravatus cogitur.*
6 *Facta cessio fideicommissi adhùc aliquid, non obstante in contrarium regula, operabitur.*
7 *Quod adeo aliquos movit, ut dixerint posse fideicommissum cedi.*

8 *Sed*

8 *Sed nil operabitur cessio si fideicommissarius decesserit ante gravatum.*

1 SCribitur in §. *ex asse l. si mulier* 59. *D. de jure dotium* Ex *asse hæres institutus, rogatusque dodrantem hereditatis mulieri restituere jussu ejus, quod debet doti promisit marito, vereor non sit obligatus; nam mulieri in hoc tenetur, ut hæreditatem restituendo transferat actiones, & quas habet, & quibus est obstrictus, quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommissum non potest, &c.*

2 Sed hoc cum satis, recteque, & ab antiquis, & à Neotericis fuerit explicatum superflua, & supervacanea *Fabri* conjectura est in presenti. Hinc quod ipse pluribus verbis inculcar, ideò scilicet non posse fideicommissum cedi, idest jus persequendi fideicommissum à fideicommissario in alium transferri, quoniã cum nõ nisi per legis potestatem fieri possit, ut qui hæres est, hæreditarijs actionibus, activis, & passivis non obstrictus remaneat, fuit *S. Consulto Trebell.* opus ad id faciendum; unde cum Senatus tantummodò de fideicommissario loquutus fuerit, & de restitutione fideicommissario facta, non potest porrigi ad alium quam ad fideicommissariũ; nam non secundum formam Senatus restitutio sit alteri, quàm cui restituere rogatus est, hæres, illa enim ad verba *Senatus* accommodari non potest hoc inquam, quod pluribus *Faber* ad *Marcelli* speciem in hoc §. *ex asse* explicandum proponit jam olim à *Bartolo, & Baldo* scriptum se prodit, licèt strictè, & concisè; adnotavit nanq; *Bartolus* ad *l. qusità*
3 62. §. *qui etiam D. ad Trebell. n.* 2. (*ratio apparet in tex. in d. §. ex asse; quia non fit restitutio secundùm quod testator disponit, vel secundũ verba Senatus Consulti, qua loquuntur quando restitutio fiat fideicommissario,*) *& Baldus in Comment.* ad hunc eumdem §. ex asse observavit, *quod restitutio non potest fieri viro habenti jus certum ex causa dotis; quia persona fideicõmissarij cohæret*, & infrà notat, quod *restitutio ex Trebelliano habet in se juris authoritatem; quia transfert jus activum, & passivum; non autem est sic in simplici cessione.*

Ex his igitur, & similibus locis ab *Alexãdro* relatis in *l. apud Jul. §. utrum D. ad Trebell.* hoc caput *Faber* consarcinavit, sed inutili prorsùs labore; quando etiã ad Neotericorum modum quæ ad hunc §. *ex asse* pertinebant jàm vulgaverat *Antonius Contius disputationum cap.* 1.

4 Itaque cum veteribus *Repetentibus* præcipuè *Bartolo, Baldo*, à quibus desumpsit, cõcordat *Faber* hic, & rursus habet hoc ipsum, quod ideò cedi non possit jus petendi fideicommissum; quoniàm si alteri quam fideicommissario restitutio fieret, non fieret illa servata forma *Senatus Consulti*, adeòq; gravatus activè, & passivè hæreditarijs actionibus obstrictus remaneret; concordat cum Practicis quoque, & ijs qui in foro versantur, qui jactare solent nullam esse delegationem, quæ jus delegantis non elidit, ut videre est apud ipsos sequntos *Tiraquellum*, qui in suo tractatu *de retractu liguagier* §. 26. *Glossa* 1. *num.* 52. de hac re tractat, & tum *n.* 45. antecedenti tum, & in sequentibus esse pleraq; quę cedi non possint, licèt transmissibilia ad hæredes adnotat; habet etiam, & plura ad hanc materiam de his, quæ non trãseunt in cessionarium, licèt omnia jura fuerint cessa *Consil. Staibanus in obser. ad resolut.* 8. *à num.* 21.

5 Insuper quia *Accursius* de cessione facta Procuratori hic meminit adnotant plerique nèc Procuratori ejus qui ad fideicommissum vocatus fuit si tamen in rem suam is procurator factus fuisset cessionem fideicommissi validè fieri; ideoque non cogi gravatũ huic procuratori in rem propriam fideicommissũ restituere, ut *Jason, Crotus, Cravetta*, & alij notant, cum quibus *Cepolla cantela* 140. *& Alphanus in collect.* 111.

6 At cum hic *Marcellus*, sive potius *Tribonianus*, quæ dixerat temperet in vers. *Sed ne indotata* ibi, *Sed ne indotata mulier esse videatur, dicendũ est ipsi mulieri ex Trebelliano restituendam esse partem hæreditatis, quæ ei relicta est, ut ea suo marito pro dote eam solveret; quia & ad eam, fideicommissum, & onera eius pertinent delegatione propter nimiam subtilitatem, & casus necessitatem minimè obtinente.* Ideo communitèr asserunt, Nostri quòd quamvis Regula sit, quod fideicommissum cedi non possit, de qua regula inter ipsos *Natta cons.* 200. *num.* 3. *Pereg. de fideicomm. art.* 2. *nu.* 52. *Surdus de alim. q.* 22. *tit.* 6. *n.* 27. *Gallus de except. success. tit.* 4. *except.* 23. *n.* 66. *p.* 2. *Fusar. de subst. q.* 524. modò tractetur de generali fideicommisso, nàm alitèr de fideicõmisso particulari statuunt cum *Jasone in l.* 1. *n.* 83. *D. de leg.* 1. *& Ruino cons.* 126. *n.* 13. *& sequen. Fusar. ubi supra n.* 6. attamen si fuerit facta cessio fideicõmissario aliquem effectum operari eam volunt; nàm Cessionarius poterit cogere hęredem gravatum non ut sibi, sed ut cedenti restituat, ad utilitatem tamèn suam, & ita post *Baldum, Angelum, Imolam, & Raphaelem* docuit *Alexander in l. apud Julianum* §. *utrum D. ad Trebell. & Bossius* in tit. *de Rannitis quid admitt. num.* 16. *Gabriel. cons.* 121. *n.* 39. *Peregr. de fideicomm. art.* 31. *num.* 33. *Grassus in* §. *fideicomm. quest.* 44. *Bursatus cons.* 55. *num.* 24. *lib.* 1. *Fusar. dicta quest.* 524. *n.* 8. hinc dicterium illud, apud Practicos, quod quamvis cessionarius non possit utiles actiones, si cessio valida non fuerat, poterit tamèn directas in-

intentate, ex persona cedentis *Puteus decis.* 48. *& decis.* 59. *lib.* 2. debere tamèn exprimere qua actione agat, ait *Mantua singul.* 698. quanquam non desint qui ut hoc ipsum fuerit in contractu cessionis cōventum exigunt, & ut cedens promittat se acturum adversus gravatum, atque eum coacturum ad restitutionē fideicommissi, in contractu cessionis curant; & quod postea cedens quod ipse obtinuerit cedat statim cessionario, ex cautela data *a Curtio seniore, & Cagnolo in l.* 2. *C. de pactis inter emptorem, & venditorem ex Ripa in l. heredes mei §. cum ità num.* 63. *Et Zanchio num.* 368. *ad Trebell.*

7 Hinc plerique quæ modo diximus attendentes eò progressi sunt, ut indistinctè dixerint fideicommissum cedi posse post *Jasonem in l.* 1. *col. ult. C. de pactis, Claudium Seiselium, & Cagnolum in l. ult. C. eodem.*

Porrò, ad ea quæ *n.* 5. illud addendū, quod quamvis jus fidèicōmissi petēdi cedere fideicommissarius non possit, ei quem Procuratorem in rem suam & cessionarium constituere voluit, attamen simplicem Procuratorem ad petendam restitutionem cum mandato speciali rectè constituet; *Tesaurus* post alios *decis.* 155. *& Fusarius ubi sup. num.* 12.

8 Denique quoniàm Regula est hujusmodi cessionem eatenùs valere, quatenùs constiterit, eum qui cedit jus ad perendum fideicommissum habuisse ex his, quæ in simili notat *Vrsillus ad Afflictum decis.* 96. *n.* 14. illud omninò sequitur, quòd si fideicommissarius, qui cessit, antè gravatum decedat, cessio nullius erit momenti, ut ex *Cagnolo* observavit *Fusarius supra cit. num.* 17.



CAPVT VIII.

Vindicatur à Fabriana emendatione lectio l. Neratius 41. D. de servo corrupto.

SVMMARIVM.

1 *Receptam lectionem emendat Faber.*
2 *Sed male.*
3 *Explicatur text. in §. servo persuasi.*
4 *Accursij, & Joannis veteris Glossatoris explicatio.*
5 *Sed incauta.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Practici ex hac l. deducunt quod pœna semel soluta non est amplius solvenda.*
8 *Famulus aufugiens a domino præsumitur furtum admisisse.*
9 *At non si dominus mercedem ei solvere denegasset.*

1 IN *l. Neratius* 41. *D. de servo corrupto*, negatione addita legendum vult *Faber*; *nā nec verba edicti quanti ea res erit omne detrimentum recipiunt*, quando in libris omnibus scriptum exrat affirmativè; *nàm & verba edicti, quanti ea res erit, omne detrimētum reci-*
2 *piunt.* Sed in contrariū facit, quòd adeo levia sunt quæ *Faber* attulit ut impellere nos non possint ut adversus omnium Codicum fidem receptam lectionem mutemus; siquidem modus ille loquendi, quo *Vlpianus* utitur (*omne detrimentum recipiunt*) non illum habet sensum, ut significet omne malum, quod servus perpetraverit, omniaque furta, quæ admiserit, postquàm corruptus fuerit, præstare corruptorem debere. Sed potiùs illum, quod debeat omne detrimentum ipsiusmet servi à se corrupti præstare, atque ita illud *detrimentum* profertur relatione facta ad servum, & ad æstimationem personæ servi, non ad damna ab ipso illata. Hinc cum servus, ex quo corruptus fuit, & primū furtū fecerit jam deterior effectus sit, & minoris valoris; ideoque, & si deindè alia furta admiserit, non per ea magis corruptus, magisque deterior effectus dicetur; Sequitur, quòd & si corruptor omne detrimentum præstare debeat, quia verba edicti (*omne detrimentū recipiunt*) ad servum ut diximus referuntur, & is cum tertium, aut quartum furtum fecerit, quia fur erat, & corruptus, non ideò deterior effectus plus fit. Dicendum omninò erit nō ampliùs corruptorem debere quam ut detrimentum à se primum illatum cum servum à principio corruperit, præstet.

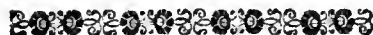
3 Hæc autem explicatio ex *sequ. §. servo persuasi magis, ac magis dilucidatur*; nàm cum proponeretur, in illo me servo persuasisse, ut chirographa debitorum corrumperet, & sit certum sit ex hac persuasione me teneri de servo corrupto, ea ratione, quod servum bonum, malum reddiderim; attamen si consuetudine peccandi posteà rationes cæteraque similia instrumenta subtraxerit, vel interleverit, aut deleverit non tamèn me eorum nomine teneri concluditur, & Ratio est; quia licèt à principio à me servus corruptus fuerit, cum eidem persuasi, ut chirographa debitorum corrumperet *l.* 1. *§. ult. D. hoc tit.* non tamèn posteà, cum alia admiserit, denuò corruptus, aut magis corruptus à me dicendus erit. Hinc æstimatio non crescet; quia semèl servo corrupto, eoque fure effecto etiam quod multa alia furta fecerit, semper servus fur dicetur, & ut talis deterior jàm effectus. Cum aliàs ne ex post facto prærériri delicti æstimatio crescat Regula sit, de qua in *l. omnis* 138. *§.* 1. *de Regulis Juris*, quod & *Græci* notant ad hanc *legem lib.* 60. *Basilicorum tit.* 6. *cap.* 11.

4 Cæte-

4 Cæteiùm cum *Accurfius*, & *Joannes* in ex-
plicanda hac *l. Neratius* 11. *D. de servo cor-
rupto* in eamdem difficultatem incidissent, in
quam *Faber*; non ausi receptam lectionem
mutare, quod hic dicitur *omne detrimentum
recipiunt* explicabant, ac si scriptum (ut &
Faber advertit) *Omne præsens detrimentum*
5 *recipiunt*. Sed incautè certè nam posset op-
poni, quod si præsens dumtaxàt: ergo non
omne detrimentum recipiunt ergo malè
scriptum omne, quod si rectè scriptum, & si
6 omne, ergo non præsens tantum. *Repe-
tentes* autem hic, & in *l. si onus C. de te-
stamentis* adnorare solent, quòd actus præsen-
tes, non verò sequentes considerantur, quod
& docuit *Mignorus ad consuet. Andega-
venses colum. 1. num. 3.*

7 At Nostri illud adijciunt, ex hac *l.* probari,
quod pœna semèl soluta sine novo delicto
iteranda non est, ut pluribus *Tiraquellus
in l. boves §. hoc sermone num.* 13. *de verb. sig.*
& de *Amatis in decis. Marchia decis.* 142.
num. 9. exornant.

8 Et ad illud, quod de servo corrupto fur-
tum committente in hac lege dicitur, adno-
tanr plerique quia frequentiùs famulis, quàm
servis utimur, quod si famulus aufugerit à do-
mino præsumptio admissi furti contra se ha-
9 bebit *Natta cons.* 407. quamquam si constite-
rit Dominum solvere mercedem ei denegas-
se, nedum impune aufugiet, sed & impune
res dominicas furatus foret; ut dicunt *Ozas-
chus decis. 68. num. fin. Joseph Ludovicus decis.
Lucensi* 1.



CAPUT IX.

Exponitur l. res, quæ 54. D. de Iure dotium.

SUMMARIUM.

1 *Antinomia inter l. res qua D. de jure dotium, & l. ex pecunja 12. D. eodem.*
2 *Fabri Conciliatio reijcitur.*
3 *Ejusdem Fabri ratiocinatio.*
4 *Respuitur.*
5 *Opponitur Fabro suamet Ratiocinatio.*
5 *Quid pro conciliatione dici posset.*
7 *Duo adversus Fabrum notanda, & primum quod non rectè dixerit non facere ad rem tex. in l. uxor 55. D. de donat. inter virum, & uxorem.*
8 *Retinetur recepta lectio in dicto textu.*
9 *Alterum in quo Faber errat est, quod denegat pupillis, & minoribus utiles actionet pro rebus ex eorum pecunia comparatis.*
10 *Sententia Interpretum, & Pragmaticorum.*
11 *Quando pecunia succedas loco rei.*
12 *Qui emit, suo nomine censetur emere.*
13 *Minores habent rerum ex eorum pecunia emptarum utilem vindicationem.*
14 *Sed in eorũ arbitrio est an utantur, an vero pecuniã cum usuris sibi exsolvenda mvelint.*
15 *Tutores, & Curatores emendo de pecunia pupillorum, & minorum præsumitur eorum nomine emisse.*

1 Mirandum sanè non est, quod his, quæ Re-
scripsère Imperatores Diocletianus, &
Maximianus in *l. ex pecunia* 12. *C. de jure do-
tium*, & *Imp. Gordianus in l. ult. C. de servo
pign. dato, & manum.* scil. res ex pecunia dota-
li à marito emptas eidem marito quæri non
uxori, vulgò opponatur *Gaj Responsum in l.
res qua* 54. *D. de jure dotium*, siquidem ibi *Ga-
jus* contrarium apertè docet atque dictis se
opponit, affirmãdo quod illi negant; Nec ad
2 oppositionẽ tollendum dici poterit cum *Fa-
bro*, id quod excogitaverat *Donellus*, sed re-
jecerat *comment. 5. cap. 2.* quod *Gajus* locu-
tus fuerit in ea specie in qua res fuerant
quidem à marito, sed non suo nomine com-
paratæ. Sed uxoris: siquidem nedum divi-
nabit prorsus, qui ita dixerit, sed *Gaij* verbis
contradicet, nam in illis, dum refertur, Res à
marito emptas, suo nomine emptas; satis in-
telligimus. Tunc enim simplicitèr aliquem
emisse dicimus, cum nomine suo emit, & non
alieno; nã alioquin si alieno emisset, quoniã id
non ex his est, quæ magis frequentèr accidunt
id expressum fuisset à J. Consulto ut debuit;
Rursùs quod nomine suo mariro emerit, exi-
git ratio dubitandi, quæ alioquin nulla fuis-
set apud *Gajum*, si maritum supponamus
emisse uxoris nomine, & de illius pecunia;
quod si dixeris rationem dubitandi eam fuis-
se; quoniàm nullo modo, ut dicunt Imp.,
maritus, & si uxoris nomine emat, & de pe-
cunia dotali emat poterat actionem empti
uxori acquirere, hæc eadem ratio faciet, ut
cum ita exploratum certumque sit, nullam
dubitandi rationem habuerit Juris Consul-
tus, ut infrà dicemus.

3 Sed urget *Faber*, & ait aliud esse, si quæ-
ras an res empra uxori acquiratur, aliud an
dotalis res empta fiat, & cum hoc secundum
in controversiam venisset apud *Gajum*, non
illud primum; rectè Respondit affirmativè
Res dotales esse videri.

4 Respondeo quod hæc quæstio an dotales
fiant, nèc ne res emptę pendet ex quæstione
an acquirantur uxori; etenim cũ proponitur
rem ex pecunia dotali emptam, & si id vis
uxoris nomine fuisse; aut ex hac emptio-
ne affirmabimus rem mulieri, aut nege-
bimus quæsitam; Si affirmabimus, quia pe-

cunia, uxoris erat, deindè dotalis effecta fuit, & uti talis ad maritum perventa; ideo rem emptam ex eadem pecunia dotalem factam dicere oportebit præsertim cum mulieris nomine emptam velis, ac eidem quæsitam; nam ridiculum foret existimare, quod possit denegare mulier, & se opponere ne dotalis fiat ea res, quæ empta est ex pecunia illa, quam ipsa ultro in dotem dedit: At si non quæsitam rem emptam uxori velis, utiq; nec dotalis erit; quoniam propria mariti est. hoc autem certum adeo est, ut dubitari super eo nequeat: pendet igitur quæstio, an dotalis res sit, ex quæstiune illa an mulieri fuerit quæsita? hæc autem quæstio cum decidenda veniat ex potestate mariti, videndumque in ea fuerit, an maritus quærere potuit, & an acquisierit uxori? concluditur à primo ad ultimum quod & si dubitatum apud *Gajum* an dotalis res foret, tractatum tamen necessario fuit an acquisita uxoris fuerit.

Cæterùm quod apud *Gajum* supponatur maritum uxoris nomine res emisse dum Juris Consultus, & Imperatores ferè iisdem verbis utuntur; nàm *Gajus* ait (*res, quæ ex dotali pecunia comparata sunt*) *Dioclet. & Maximil.* (*ex pecunia dotali fundus à marito comparatus*) *Gordianus* (*de pecunia dotis maritus comparavit*) incivile erit asserere aliud in uno loco, aliud in alio eundem loquendi modum significare, & proinde nunquam *Fabri* conciliatio recipienda.

5 Denique poterit etiam *Fabro* opponi id, quod ipsemet sub *num.* 1. scribit, scil. juris rationem facere, ut qui aliena pecunia comparat non ei, cujus nummi fuerint, sed sibi tàm actionem empti, quàm dominium, si ei tradita fuerit possessio acquirat; adeò, ut néc si velit, alteri acquirere possit *l. si ex ea pecunia 6. C. de rei vind. l. qui aliena 8. C. si quis alteri, vel sibi l. si patruus 4. C. com. utr. jud. l. 1. C. pro socio*; nàm si hoc verum, & adeò verum, ut néc si velit maritus uxori acquirere possit, nil certè operabitur quod in specie à *Gajo* tractata supponamus emptionem factam à marito quidem, sed uxoris nomine; nàm quod vir in contractu emptionis asseveret, se uxoris nomine emere atque ità, quod velit acquirere uxori declaret; non ideo potestatem acquirendi nanciscitur, si verum quod is qui vult acquirere alteri non potest, ut hic *Faber* inculcat. Hinc venit quod ut suprà dicebamus, nulla ratio dubitandi apud Juris Conf. fuisset; nàm aut verum quod possit acquirere, si velit emptor maritus uxori, aut verum quod non possit acquirere, & si velit; & quidem si verum quod possit acquirere, eo quod nomine uxoris emisse supponis nullam apud *Gajum* relinques dubitandi rationem, si velis quod non possit acquirere, quod suo aut uxoris nomine emit parum refert, & cum certum quod non possit, vix ulla ratio dubitandi.

6 Igitur ne leges citatæ inter se adversentur, & iure uti contrariæ vulgò ab Interpretibus adducantur, pro conciliatione earum, aut dicendum erit; Regulam esse quod nullò modo res empta ex pecunia dotali uxori quæritur, & nullo modo dotalis fit; Et proinde quod scribit *Gajus* quod dotalis esse videtur impropriè dicat, ut & verba indicant: & ad significandum rem emptam revera dotalem non fieri, ut est Regula, sed videri dotalis, scilicet eo quia si ea soluto matrimonio apud maritum, aut hæredem ejus adhùc extet, poterit actione personali pro dote, quę tàntummodò *Gaij* tempore antè *Justinianum* competebat condici, ut latiùs explicant *Neoterici* cum *Reinardo*, *Bacovio ad Treutl. volum.* 1. *disput.* 15. *Thesi* 6. *lit. B. & disput.* 7. *Thesi* 9. *lit. B. volum.* 2. quorum sententiæ favet Imperatorum rescriptum in *d. l.* 1. *C. de jure dotium* ibi (*& dotis tantùm actio sibi competit*) Aut si id non placet, in eorum sententia descendendum erit, qui fatentur cum Imperatoribus rem emptam non acquiri mulieri adeò ut directam habeat actionem, sed tamèn videri acquisitàm, & dotalem factam eatenùs, ut saltem utilem vindicationem obtineat, ut *Cujacius* docuit 5. *obser. cap.* 29. *Hugo Donellus cit. comment.* 5. *cap.* 2. & *Julius Pacius Enatoph.* 5. *quæst.* 53. quorum sententia, saltèm *Justinianeo* iure inspecto, verissima est.

7 Sed adhùc duo supersunt, in quibus *Faber* notandus venit, alterum est; quùd dum adversùs mox citatos Doctores insurgit *num.* 4. scribit ad rem non facere tex. ab eisdem adductum *in l. uxor marito* 55. *D. de donat. inter virum, & uxorem*: ea nimirùm ratione, quod ibidem res empta non fuerat ex pecunia dotali, sed ex pecunia donata, cum tamen & si hoc verissimum, apertèque à *Paulo* propositum, adhùc rectè responsum adducitur, & ad rem; nàm eodem modo, quo in dubitationem venit, an res empta in locum pecuniæ succedat, si de empta ex pecunia dotali tractetur, ità & venit an res empta ex pecunia donata, si de donatione agitur, in ejus locum succedat; adeò, ut condici possit à muliere quandocunque ei libuerit donationem revocare, & eadem ratione, qua deciditur rem emptam ex pecunia donata directa quidem actione condici à muliere non posse sed tamen utili ei accommmodata, poterit decidi in specie, de qua nos tractamus rem emptam ex pecunia dotali, si non directa, utili saltèm actione vindicari à muliere posse; tanto magis quod coniectura illa, quam *Faber* in fine hujus capitis pro *Pauli* Responso adduxit, quod dici possit,

maritum non fuisse sibi acquisiturum, sed uxori potiùs, si non suam, sed uxoris pecuniam esse existimasset: multò fortiùs stringit pro Gajo; nàm in hac specie de marito emptore ex pecunia dotali, jàm constat scivisse maritum, non suam, sed uxoris, & dotalem esse pecuniam, ideoque illi non sibi acquirere voluisse.

8 Cætarum Receptam lectioné apud *Paulum* emendandam nollem, quod *Faber* desiderat, qui negatione addita legendum vult (*nec erit deterior condictio viri*) ubi legitur: *& erit deterior condictio viri*) siquidem pro recepta lectione facit aperta illa juris ratio, quod re vera cum de dote maritus conveniretur, deterior ejus fieret condictio; quippè pecuniam, quam accepit restituere oportebit, quod sanè difficiliùs fit, quàm rem tradere: tantò magis, quòd cum pecunia ab eo petitur, eamque restituere compellitur oportet ut restituat eam in eadem quantitate, quam accepit: & ità si decem accepit, ut decem restituat: Cum si res condicetur ab eo, restituere illam uti existit, & si minùs valeat, puta si valeat octo quamvis bona fide decem emisset; nam contrà, si res empta decem, quindecim valeret, illa quinque lucro mariti cederent, & nonnisi decem peti ab eo possent, ut apparet ex ejusdem *Pauli* Responso in *l. si id, quod 28. §. si ex decem D. eod. tit. donat. inter virum, & uxor.* fit ergo deterior mariti condictio, si dotis judicio conveniatur. Unde ex hoc ut faciliùs maritum inducat ad permittendam utilem actionem mulieri Paulus ita disseruit, & conclusit dandam mulieri utilem condictionem; nam si non dederit deterioris conditionis ipse maritus futurus erit.

9 Alterum in quo *Faber* notandus venit est, quòd sub *nu.* 2. securè asseverat: adversus *Donellum* quod minori, & pupillo non est utilis concedenda actio pro rebus ex eorum pecunia comparatis. Et solum militem hoc privilegium, militari favore ita exposcente, obtinuisse *l. si ut proponis 8. C. de rei vindic.* & cū videret obstare huic assertioni *l. 3. C. arbitrium tutela, & l. ex facto 52. vers. plane D. de peculio* conatur ad has leges respondere. Et tamen nugas prorsùs agit, ut *Bachovius* ostendit *disput. 15. Thesi 6. vol. 1.* & in *tract. de actionib. disput. 2. Thesi* 18. quas nugas vel unicum Juris Consulti Responsum quod extat in *l. 2. D. quando ex facto tutoris, &c.* disperdit; dum ait, *Si Tutor, vel Curator pecuniam ejus, cujus negotia administrat mutuo data ipse stipulatus fuerit, vel prædium in nomen suum emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuerit, datur, ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.* Nam ex hoc intelligimus apertè pupillos, & minores, utilem actionem habere, unde ad eorum exemplum militibus id ipsum concessum, *Vlpianus* testatur in *l. si pecunia 26. D. de rebus creditis.*

10 Verùm enim verò Repetentes, quos *Pragmatici* sequuntur, illud pro certo in primis habent, quòd res empta ex dotali pecunia dotalis non fiat: unde mulieri non ipsius rei, sed pecuniæ repetitionem concedunt post *Baldum, & Salicetum ad legem ex pecunia 12. C. de jure dotium*, & eosdem & *Cinum, Bartolum, & sequaces ad legem si ut proponis C. de rei vindicatione ad l. uxor marito D. de donat. inter virum, & uxorem*, & ad hanc nostram *legem res, qua 54. D. de jure dotium, Romanum cons. 205. Corneum cons. 180. par. 4. & Soccinum Regula 343. Donatum à Fina inter communes opiniones tit. de contr. empt. num. 34. Vezinum ibidem in tit. si quis alteri, vel sibi, Fuscum, singul. 37.* & alios apud *Tiraquellum de retract. consanguin. §. 31. Glossa unica num. 10.*

Sed videri tamen rem ut supra emptam dotalē fieri eatenus ut in subsidiū utilem actionem mulier habeat ad eam vindicandā sentiunt cum *Glossa in l. si uxor marito vers. non potest D. de donat. inter*, & cum eodem *Bartolo, Cino, & Saliceto*, quibus assentitur *Gomezius ad legem 50. Tauri num. 36. in fine*, & *Fuscus singul. 39. lit. N. Tiraquellus* ubi suprà, atque ità quod *Cujacius, & Donellus* indistinctè permittunt, ipsi nonnisi in subsidium, & marito non existente solvendo concedunt; & ad hunc casum, quod *Gajus* ait, pertinere volunt, quod etiam & Græcis visum fuit, præcipuè *Stephano* ut refertur *in Enantiophanen Basilicorum 29. cap. 50. tit. 1.* sicut & Græco Scholiasti ad *Constan. Hermanopulum lib. 4. tit. 8.* ubi *de dotis prærogativa*, quod & *Dion. Gothofredus ad dictum Gaij Responsum* adnotavit.

11 Cæterum quotiès, & quando pecunia loco Rei succedat, pluribus ex occasione jurium suprà explicatorum tractare solent Nostri, ut videre est apud *Tiraquellum in legibus con. Glossa 8. num. 253. Campegium de dote par. 4. quæst. 8. & Soccinum in Regula 415.*

12 Ad illud verò, quod *Faber* dicebat in specie *Gaij in l. 54.* rem emptam non mariti, sed uxoris nomine fuiße, objicitur communis traditio Nostrorū ut supra, qua dicitur quod qui emit, licet aliena pecunia, suo tamen nomine emisse in dubio censetur, nàm si alitèr fecisset id asseverasset in publico emptionis documento, ut concluditur ex *Mauro allegat. 73. num. 3.* cum actum quis facere potiùs nomine suo, quàm alterius præsumatur *Anna allegat. 141. num. 13. & singul. 138. Escobar de ratiociniis cap. 14. num. 33.*

13 In eo autē quod diximus de pupillo ejusq; privilegio adversus *Fabrum* Nostri distinctionem adhibent, ut *Montanus* de jure tute-

larum *cap.* 31. *effectu* 4. *num.* 7. testatur, & cum res ex pecunia minoris comparata proponitur, introspiciunt, an à Curatore, & à tutore fuerit comparata, an verò ab alio extraneo, & siquidem à tutore, vel curatore res empta minori acquiretur, licèt emptor nomine proprio emerit, ut in *l.* 2. *D. quando ex facto tutoris, & ex l. Curator C. arbitrium tut.* id quod notat *Everardus* apud eumdem *Montanum* habere quoque locum in Sindicis qui de pecunia Universitatis res emerint, ut passim à nostris admissum apud *Treutlerum disput.* 8. *Thesi* 6. *lit. H. vol.* 2. Sed si empta ab extraneo res proponatur minores tantummodò quorum fuerat pecunia in subsidium vindicare eam poterunt, ut *Bartolus ad legem filia D. de solut. Romanus singul.* 164. *& Alexander cons.* 36. *lib.* 4. alijque testantur.

14 Sed si minor, aut Universitas, & similes, cujus pecunia res comparatæ fuerint, malint pecuniam ipsã cum usuris, quàm res comparatas à Tutoribus, Curatoribus, Sindicis, & similibus petere, in eorum arbitrio id esse fatentur Doctores communitèr ex tex. *in l. si Curator C. arbitr. tut.* quod latiùs exornant, & distinguunt *Escobar de ratiociniis cap.* 14. *n.* 34. & alij.

15 Denique illud ad materiam omittendum non erit; quod plerique volunt quod si tutor emat, aut quomodocumque contrahat de pecunia pupillari, licèt pupilli nomine se emere, & contrahere nõ dicat, pro pupillo adhùc emere, & contrahere præsumatur, nàm ita docuère *Cornens*, *Cavalcanus*, *& Zasius* apud *Montanum loco citato num.* 9. & apud *Mascardum de probat. concl.* 38. *ver. actus*. Id quod si verum esset oporteret concludere quod hæc Regula alteram destruat, (quod *Pragmatici* facere plerumque solent) nam facit ut non sit verum quod suprà diximus scil. præsumi quemlibet, licèt de aliena pecunia, suo nomine emere; nisi dicas veram illam quidem, sed in tutore, & curatore limitari, & rationem limitationis assignes.



CAPUT X.

De tex. in l. si ex pretio 6. C. si certum petatur.

SUMMARIUM.

1 *Malè Faber restringit Rescriptum de quo hic.*
2 *Explicatur Rescriptum.*
3 *Negatur Fabri assertio de pacto interveniendo ut mutuum contraheretur.*
4 *Et illa quoque reicitur de novatione supponenda in secunda Rescripti parte.*
5 *Repetentes admittunt ex contractu non usurario posse fieri usurarium.*
6 *Pragmatici affirmant posse usuras in sortem redigi, & alias usuras parere.*
7 *Sed non cum eadem antorioritate.*
8 *Usura conventa parturiunt alias usuras.*
9 *Sed si certè & liquidè alioquin si incertè, & inliquidè nequaquam.*

1 Dioclet. & Maximil. Rescriptum, quod extat *in l. si ex pretio* 6. *C. si certum petatur*, *Faber* exponit, sed admodum verbosè, & involutè, quando satis superque illo ab Interpretibus dilucidato sufficiebat, quædã eorum quæ dicta fuerant, & meliora seligere.

Cæterùm in his quæ scribit, primò non placet, quod Rescriptum restringat ad solum debitum ex causa venditionis, quando verba Imperatorum alitèr præseferunt; nam illa (*si ex pretio*) nedùm pecuniam emptionis causa debitam, sed etiam debitam ex causa locationis, aut simili comprehendunt, ut videre est apud *Labeonẽ in l. quod si* 28. *D. locati*, & *Ulpian. in l. si quis à te* 10. *in fine D. de acquirenda possessione*, itemque complectuntur quod aliàs debetur; nàm & pro mercede pretium ponitur apud Juris Consultos *in l. ultima D. ad l. Rodiam de jactu in l.* 51. *§. locavi*, *& in l.* 46. *D. locati*, & pro præmio ponitur pretium *in l.* 5. *§. ult. D. de iniurijs in l.* 2. *§. inter D. de vi bonorum raptorũ*, quod tam in citatis iuribus quã apud *Livium*, *& Vopiscum Brissonius*, & alij observarunt. Igitur cum Imperatores dicant *Si ex pretio* debec id de quocunque pretio explicari sive ad pecuniam quomodocunque debitam porrigi, & applicari.

2 Hinc mirum non debùit videri *Fabro*, sive potiùs Interpretibus illis, qui antè *Fabrum* scripsère, quod Imperatores in secunda Rescripti parte usuras citrà stipulationem deberi negent, quando Regula est, ut in contractibus bonæ fidei, cujusmodi emptio, & venditio est citrà stipulationem, & ex nudo pacto debeantur *l. Lucius* 24. *in fine l. Publia* 26. *§.* 2. *D. depositi*, quippèquod cum non fuerint Imperatores ad speciem contractus emptionis, & venditionis, aut similium dum rescribebant restricti, sed de omni pecunia debita loquerentur, non debuerant aliter loqui, & nonnisi cum clausula illa generali (*nihil de precedenti mutavit obligatione*) ex qua intelligeremus usuras in proposito non deberi ex stipulatione; quoniàm nullam intervenisse proponebatur, nec ex mutuo quoniam simulatum fuerat, & simulatio ista nihil de precedenti obligatione mutavit. At quoniam præcedens obligatio immutata manebat, deberi si illa ex bonæ fidei contractu descen-

ſcēſdebat, quòniam ius exigendi ex nudo pacto uſuras creditori; in ſimilibus contractibus; Non deberi ſi obligatio præcedens non ex contractu bonæ fidei venirent, & in ſumma (*nil de præcedenti mutatum obligatione*) hęc itaque verba in quibus æquivocati *Interpretes*, & *Faber*, ſicuti negant deberi uſuras ſi ex præcedenti obligatione non debebantur: ità & affirmant deberi ſi debebantur; nàm abſoluta non ſunt, ſed relativa ad priorem obligationem.

3 Non placet ſecundò, quod idem *Faber* poſt alios aſſeverat in propoſita ſpecie apud Imperatores pactum interveniſſe, ut pecunia mutuò data foret; nàm ſi hoc pactum interveniſſe ſupponamus malè negabimus mutuum fuiſſe contractum, ſaltèm ex *Vlpiani* ſententia in *l. ſingularia D. ſi certum petatur*. Quid enim obſtabat, aut quid vetabat, ne mutuum contraheretur, adfuit pactum, intervenit pecunia debita, quæ ſolvenda illicò creditori fuerat, & quæ poterat videri ab eodem recepta, atque deinde mutuo data ipſimet debitori: igitur mutuum celebratum: quod ſi non celebratum, oportebit omninò aſſerere nullam interveniſſe de mutuo celebrando conventionem, ſed tantummodò per ſimplicem quandam ſcriptionem ità à debitore aſſeveratum, ſivè ſi mavis per nudam pollicitationem à debitore exhibitum, ſe mutuò à creditore detenturam pecuniam illi ex alia cauſa debitam, huic autē propoſitioni nullum acceſſiſſe ex parte creditoris conſenſum, ex quo pactum eliei potuiſſet; ut dicemus alibi circà *Pauli* Reſponſum in *l. ſi negotia* 34. *D. mandati*. Et ideò mutuum non fuiſſe contractum.

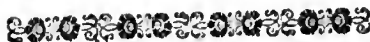
4 Denique non placet puod ſub *num.* 5. *Faber* ſupponit in utraque Reſcripti parte factam novationem, & ita ſupponendum eſſe velit; etenim ſi in ſecunda id eveniſſet, Imperatores alioquin attenti, & nèc mutuli, nèc conciſi, ſed ſatis in Reſcriptis ſuis explicati, & dilucidi nobis ſignificaſſent, tantò magis, quod neceſſariò id faciendum erat; nàm illa verba (*citra ſtipulationem*) dum ſtipulationē excludebant, excludebant quoque novationem quę citrà ſtipulationem fieri nequit: nulla ergo in ſecunda parte Reſcripti novatio ſupponenda, nàm nulla interceſſit ſtipulatio, quæ ſanè ut ſolet interceſſiſſet ut per eam uſuræ promiſſæ forent, & prius debitum novatum. cæterùm vel illud novationis ſuſpicionem excludit in poſtremis verbis quod (*nil de præcedenti mutavit obligatione*) cum enim obligatio novata eſt, mutata eſt, cum non mutata, nèc novata.

5 Sed nunc vulgarium Interpretum dicta diſquirenda, hi poſt *Bartolum*, *Baldum*, & *Salicetum* duo affirmant. Primum, quod debitum & ſi non uſurarium, ſcil. uſuras non parturiens poteſt tamen cum legitimis ſollemnitatibus in uſurarium converti, ſicuti & ex una in aliam cauſam. Secundum, quod falſa demonſtratio, dummodò cauſa obligationis ſubſiſtat, non vitiat actum, atque hæc duo confirmant idem *Baldus conſ.* 268. & *Cumanus conſ.* 160. & paſſim.

6 *Pragmatici* autem ſumpta occaſione ex
hac *l.* paſſim docent poſſe nedùm creditum ex
non uſurario fieri uſurarium, ex. gr. ob pecu-
niam mutuò gratis datam poſteà fieri vendi-
tio annuorum introituum ad formam Bullæ,
ſed ex uſuris fieri ſortem, & ob eam ſortē po-
ſteà uſuras promitti ſtipulanti poſſe; Quàvis
enim cautum in iure fuerit, quod uſuræ uſu-
rarum non debeantur; ideòque & ſi uſuræ in
ſortem redigantur vetitum uſuras, ab hac ſor-
te, ut ita dicam uſuraria exigi; ut *Hotom.* fir-
mat *de uſuris lib.* 1. *cap.* 3. *Borcholtel de*
uſuris cap. 5. *num.* 5. & alij innixi aperta *Juſti-*
niani Conſtit. in l. fin. C. de uſuris rei judic. Ana-
tociſmum hunc prohibentis. Attamèn quo-
tiès non cum fœneratore improbo res eſt; Sed
cum prudenti patre familias, qui potuiſſet
uſuras illas à debitore exigere, & deindè eaſ-
dem uſuras ſortem facere, alteri ſive eidem
debitori ſub uſuris mutuādo, viſum pleriſq; eſt
quod ſi celeritate coniungendarum actio-
num non exigantur à debitore uſuræ, ſed pe-
nès eum relinquantur, & ex eis in ſortem re-
dactis uſuræ ſtipulentur exigi hæ poterunt,
ut *Dion. Gothofr.* notavit ad citatā *l. fin.* quod
ſanè paſſim in Regno fieri ſolet, & tertię ut di-
citur in capitale redigi cum tamen hæ uſuræ
7 in ſortem redactæ non habeant prioris ſortis,
à quo fluxæ ſunt anterioritatem, quàm ſa-
nè habuiſſent, ſi non ut ſors, & capitale ſta-
rent, ſed ut uſuræ, & tertiæ à primo capitali,
ut dicunt, decurſæ.

8 Quod ſi uſuræ ſive, ut noſtri loquuntur
tertiæ non fuiſſent per expreſſam conven-
tionem, & novum contractum in ſortem con-
verſæ, nec nova fuiſſet ann. introituum ven-
ditio facta, attamèn quia conventæ, & pro-
miſſæ, & quia certæ, & liquidæ, adhùc alias
uſuras parere poterunt, ut advertit *Gaitus de*
9 *credito c.* 2. *tit.* 7. *à n.* 1492. quamvis ſi non cō-
ventæ, aut non certæ fuiſſent, Id nequirent,
Rodericus de ann. redit. lib. 3. *quæſt.* 7. *num.* 28.
Fabius de Anna conſ. 48. *num.* 21. *Minadous*
deciſ. 17. *Francus deciſ.* 254. *num.* 14. & *Rovi-*
tus deciſ. 9. & poſt eos, alioſque *Conſiliarius*
Roccus Reſponſo 44. *num.* 1.





CAPVT XI.

Retinetur recepta lectio in §. ult.l. cum essent 33. D. de ser.rust. præd.

SVMMARIVM.

1 *Quid Accursius, & Cujacius sentiebant in expositione hujus textus.*
2 *In contrarium Fabri ratiocinatio.*
3 *Diluitur.*
4 *Utraque tamen ratio facit ut jure directo non valeat servitus secus æquitate inspecta.*
5 *Veteres in expositione hujus textus conveniunt cum Neotericis.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Eorum sententia cum exceptione, nisi convenisset, recipienda, & quid de fundo inferiori respectu superioris fundi.*
8 *Jus hauriendi aquam non amittitur exiccato fonte.*
9 *Qui aquam certo modo potest ducere, poterit variare sine damno alterius, at non potest construere.*
10 *An præscribatur aquarum cursus, variant Pragmatici.*
11 *Cujus est aqua, & Flumen, & an Barones impediant Vassallos, & prohibeant.*
12 *Concessio facta Baronibus nō præjudicat Vassallis.*

1 Quod ab *Africano* responsum extat in *l.cum essent 33.§.ult.D.de servit. rust. præd.* & si satis, superque, olim ab *Accursio*, & sequacibus, novissimè à *Jacobo Cujacio tract. 9. ad Africanum*, & ab *Hugone Donello comment. l. 11.cap.14.* explicatum fuerit: *Faber* adhùc in eo intelligendo suis conjecturis opus esse existimavit.

Sed primò dum *Accursianos* errare scribit, (quo nomine *Cujaciū* quoque repræhēdit, qui id ipsum admiserat) dum volunt ex duabus illis *Africani* rationibus in proposita specie, nempè ex illa quod prædium nullum sibi ipsi servire possit, & illa quod servitus servitutis constitui non potest; (sic enim explicamus verba *fructus servitutis*, ut infrà dicemus,) Priorem ostendere, quod domino prædij, in quo Rivus est, nō rectè haustus aquæ ex rivo illo concedatur; Posteriorem vero quod nulli hujusmodi servitus concedi possit.

2 Etenim ait ipse *Faber*; etiam illo casu, quo haustum ex rivo cedere velis alteri quā ei, per cujus prædium aqua ducitur, verum est quod fundus sibimetipsi serviret. Siquidem aqua oportet, ut transeat per fundum à quo, & per eum ad alterum prædium, ad quod ducitur perveniat, in hoc autem transitu, & si aquæ haustus vicino fundo prosit cui servitus concessa, attamen, & irrigat fundum per quem ducitur, & à quo hauritur, & hoc facit, ut hic idem sibi serviat; at hoc fieri non conceditur, quia fundus sibimetipsi servire non potest ergo; ex hac inquā ratiocinatione qua convincere *Faber* vult quod etiam cum de vicino concedenda servitute tractetur, obstat prior ratio, quod fundus sibimetipsi servire non possit, deducit non opus fuisse ad secundam, quod servitus servitutis non constituatur recurrere.

3 Nèc videt ad denegandam alteri servitutē incommodam esse primam rationem, quod fundus sibimetipsi non serviat, nec facilè posse ad illam speciem applicari, siquidèm si fingas tres esse fundos, in quorum primo aqua hauriatur, per secundum verò ducatur ad tertium, qui aquam recipiat, si dominus tertij fundi aquam apud se venturam, velit in secundo remanere, atque ità secundo fundo aquam concedere, quomodo in hujusmodi specie obstabit ratio, quod fundus sibimetipsi servire non possit? quis enim ex his fundis sibimetipsi servit, certè non tertius; nàm concessa aqua secundo, nil ampliùs ad se de aqua; non primus; nàm haustus ab eo fit, & fit eodem prorsus modò ac si ad tertium fundum fuisset perventura; non denique secundus; nàm quod aqua per ipsum ad ipsummet ducatur hoc per necessitatem evenit, & fit nō ut serviat sibi, sed ut dominetur alteri, alioquin numquam haustus aquæ concedi posset, quoniàm fundus, cui conceditur, oportet, ut per ipsum, saltèm per primam ipsius partem, aquam recipiat, & per unam ipsius regionem ad alteram, aqua perveniat, & ducatur, & in hoc sibimetipsi serviat; igitur cum de cessione facienda vicino tractetur, nō obstat, quod prædium sibimetipsi non servit, sed quod servitus servituis constitui non possit.

4 Cæterùm utraque ratio, prima quod fundus sibimetipsi servire non possit, pertinens ad primum casum, & secunda quod servitus servitutis non constituatur pertinens ad secundum casum, adeò potentes sunt, ut quamquam per pactum, aut stipulationem liceat servitutem cedere, id enim vult *African.* fieri posse; adhùc cessio stricto jure inspecto nō valebit, sed ope exceptionis ex æquitate, & Prætoris beneficio substinebitur. hinc labitur *Faber n.4.* dùm ex eo, quod per stipulationem, aut per pactum concedi solitam servitutem dicat *Africanus*, deducit cessionem factam ex summa, & mera juris ratione valere; cum tamèn animadvertere debuisset, quod cum ser-

servitus ceditur fundo, à quo hauriebatur aqua, quoniàm dominus fundi quod serviebat nō potest consequi per cessionem servitutem suæ servitutis, & aquæ haustum, sui aquę haustus, consequetur tantummodò exceptionem, qua excludat cedentem ab hauriendo, ut *Donellus*, rectè, & alij animadvertère: hæc autem exceptio ei accommodatur ex ęquitate, & ex eo quod per stipulationem, aut pactum facultatem cedendi acquisierat; nàm alioquin illud obstaret, quod fundus sibimetipsi servire videretur, dum eidem fundo qui servitutem debet, servitus concessa foret.

4 Et rursùs si cessio servitutis non ipsimet fundo qui eam debebat, sed vicino fiat, in hoc casu, qui alios à primo est, sed malè toties à *Fabro* cū primo conjunctus: adhùc quia secūda ratio quod servitus servitutis constitui nō possit obstaret, sequetur ut mero jure inspecto cessio non valeat: nàm dum cedit quis fundo Sejano aquæ haustum sibi debitum à fundo Titiano, videtur servitutis sibi debitæ servitutē quandam in alterius beneficiū constituere, & proinde quia ex mera juris ratione id fieri non potest, ne per pactū quidē, aut stipulationem, quibus cautum, ut cedere liceat, oportet, ut ad æquitatem recurramus, & per eam cessionarium tuendum dicamus.

Denique, & in eo potissimum *Faber* labitur, quod verba postrema nostri §. *fin. Neque servitutis fructus constitui potest* emendanda contendit, & in illis reponēdū *neq; servitutis servitus constitui potest*, quando supervacanea hæc emendatio est, & idem sensus ex recepta lectione colligitur; nam & si ut plerique observarunt, aliud sit fructum servitutis cedere, idest usum, & commoditatem ipsius, aliud servitutem super servitute constituere (& si Castrensis crediderit servitutis fructum cedere idem esse, ac servitutis servitutem constituere,) adhùc in præsenti *Africani* verba nō patiuntur explicari de fructu servitutis, idest de cessione usus, & commoditatis illius; nam obstat modus ille loquendi (*neq; constitui potest*) qui de servitute constituenda, non de cedendi jam constitutæ usu, & commoditate tractari præseferunt; siquidem quando fructus servitutis pro usu, & commoditate ipsius ponitur, tunc fructus dari, concedi dicitur, non constitui; Cum itaq; lectio recepta vel sine emendatione eumdem, quem vult *Faber* sensum habeat ea retinenda est, & fructus servitutis constitui non posse dicendum; quomodo servitutem servitutis constitui non posse, dicimus nam & *Paulus in l. 1. D. de usufr. leg.* dixerat *usus fructus servitutis non posse constitui*.

5 Sed *Veteres Interpretes*, sciendum est in expositione hujus §. *fin.* convenire cum Neotericis, & id ipsum asserere quod postea scripsit *Cujacius* falsi enim sunt servitutem cedi non posse, nisi cum prædio, sed pacto, vel stipulatione interveniente concedi solere, eo tamen fine, ut cessio ex æquitate substineatur. At in eo Quidam eorum à reliquis dissentiunt quod cum *Gl. & Castrensi* id ipsum esse existimant fructus servitutis, & servitutem servitutis constituere; nam dicunt fructu servitutis constituto, servitutem ipsā constitutam videri, quod, & quibusdam ex recentioribus placuit præsertim *Reinardo Bachovio in notis ad Treutlerum disputatione 17 Thesi 10. lit. A. vol. 1.*

6 Placuit quoque *Pragmaticis*, apud quos communiter receptum, quod si jus hauriendi aquam, eamque ex fundo tuo ad meum ducendi habeam, postquàm aqua illa fundum meum fuerit ingressa, mea fit, ideòque à te non poterit alteri concedi, & hinc adnotavit *Decius* quòd aquam euntem à molēdino meo, non poterit alius, me invito accipere, ut *in consil. 244. & Joannes Ant. Trigonus sing. 35.* Ad hoc autem, & si verum in se sit, vellem tamen exceptionem ex hipothesi tex. nostri adaptandam, nēpe illam (nisi à principio convenisset, ut liceret Cōcedenri aquā illam qnam tibi concessit postquam fundum tuum irrigaverit, alteri qui inferiorem fundum habet concedere.) Nam tunc bene concedens id poterit, & agere, ut fundus tuus sit dominans, & sit serviēs, sit dominans quoniam ex fundo cōcedentis jure servitutis haustum aquæ habet, sit serviens quoniam ab eo ad tertium fundum aqua ducitur. Rursus si convenisset, ut ego qui aquæ haustum à tuo fundo jure servitutis habeo possim eandem aquam post quam meum irrigaverit alteri cōcedere, adhùc si id agam, & concedam tertio fundo, erit concessio substinenda quoniam facta in vim prioris conventionis. Sed si tertius qui fundum habet inferiorem nedum non velit aquam à secundo fluētem jurę servitutis ad suū ducere, sed cum à superiore, ne sisteret, & stagnaret, in suum exoneraretur, illam recipere detrectaret ageribusq; factis se muniret adversus decursum aquarum, quæstio erit quid faciendum? pro Regula tamen generali habent Nostri in hac materia quod non cogatur inferior fundus nisi servitutem debeat aquam à superiore defluētem recipere, nā nō nisi jure servitutis ad id obligatur; nisi dixeris eo qnod in loco inferiori positus est jam à Natura ad hanc servitutem adactum: vide *Paponium lib. 14. Arresto 9. tit. 1.* quod si vice versa fundus inferior, aut qui in inferiori parte sunt, pro usu suo, aquam desiderent, & cum illa per fundos superiores ad eos perveniret, domini fundorum superiorum aquam à naturali suo cursu diverterēt; poterunt hi, ne id

id agant prohiberi, ut ex *Cavalcano decis.* 5. *num.*45.*Cancerio variarum lib.*3.*cap.*4. *de servit.num.*62. *& num.*244. *Luca* observat. *ad Francum decis.* 183. Cæterùm non ideò Dominus in cujus fundo nascitur, aut à principio aqua pervenit illius dominium amittet *Borgninus decis.*23.*par.*2.*num.*113.

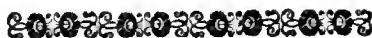
8 Ad hæc addendum primo, quod jus hauriendi aquam non amittitur fonte exiccato, nam iterum illo erumpente, aut in vicino loco renascente servitus debebitur *Gaillus obser.*60. *lib.*2.

9 Secùdò, quod is qui ius ducendi certo modo aquã habet, & si possit causa majoris utilitatis, si tamen sine domini, vel vicini damno id fecerit aquam diverso modo à constituto ducere, non tamen poterit arcum conficere super iter alienum, aut pontem construere ut aquam conducat *Berous quæst.*65.

10 Tertiò, adnot. quod circa præscriptionem aquarum è fluminibus decurrentiũ non convenit inter *Pragmat.* nam quidam centenariã præscriptioné exigũt ex *Franco cit. decis.*183. *nu.*12. *& Gaillo obser.*66. *lib.*2. quidam minori spatio contenti sunt ex dictis à *Paponio* ubi supra *Aresto* 8. *&* 9. *& à Capicio decis.*187. *n.*4. alij denique prorsus nullam admittunt præscriptionem allegantque *Lucam de Penna in l.usum aquæ C.de aquaductu lib.*11. *& Pratum discept.*1. *cap.*49. *num.*17. quasi quod non satis expressum foret ab Imperatoribus *Arcadio, & Honorio in dicta l.usum aquæ* 4. *C. de aquaductu lib.* 11. quod ex usu aquæ veteri, longoque dominio, veteri licentia, & more usque ad præsentem diem perdurante, perscriptio adeoque possessionis conservatio nascantur.

11 Denique quod cum Regula sit aquam in illius dominio esse cujus est fundus in quo nascitur *Decius consil.*372. *vol.*2. Solet in Regno quæri an quia Feuda, Prædia, & Territoria feudalia Baronum sunt, Flumina quoque, & aquæ nascentes in illis aut per illa decurrentes eorum sint, adeo ut prohibere ab aquis vassallos possint; & magis communiter pro vassallis adversus Barones Responderi negando solet cum *Rovito super Pragmat. de aquis, & aquaductis num.*8. *Toro in compend. par.*1. *vers. aqua usus Borrello de præstantia Regis Catholici cap.* 8. *nu.* 55. *Tassono de antephato vers.*3. *obser.*4. *num.*259. *& Molfesio ad consuet. Neap. tit. de renunciat. quæst.*4. *nu.*30.

12 habetque hæc Responsio rationem illam, quod & si Territoria, & Prædia item & aquæ ipsæ quandoque Baronibus à Rege fuerint concessa adeout in eorum dominium transierunt, non tamen id privare vassallos Civesque aquarum usu, & commoditate debet *Anna alleg.* 48. *Novarius de Gravamin. vassallorum gravam.*147. *Luca ubi sup.*



CAPUT XII.

Ad tex. in l. ante tabulas 5. D. de Iure Codicillorum.

SUMMARIUM.

1 *Quid in §. non tantum institutionibus de Codicillis continetur.*
2 *Quid in Responso Papiniani d.l.*5. *& Quidam immutatum à compilatoribus credunt Responsum illud.*
3 *Alij negant cum quibus Faber.*
4 *Sed Fabriana conjectura in dubium revocatur.*
5 *Effugium Fabri.*
6 *Illi occurritur.*
7 *Rescriptum Dioclet. & Maximil. non pertinet ad speciem Papiniani, nec Papiniani sententiam approbat.*
8 *Repetentes concordant cum Teophili expositione.*
9 *Idem sentiunt Pragmatici.*
10 *Codicilli pars testamenti, & ab eo regulandi.*

1 TRibonianus in §. *non tantùm instit. de Codicillis* refert existimasse *Papinianum*, quod si antè testamentum Codicilli facti fuissent, non alitèr vires habeant, quàm si speciali posteà voluntate confirmati fuerint, sed *Divos Severum, & Antoninum* rescripsisse ex ijs Codicillis, qui testamentum præcedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecit à voluntate, quam in Codicillis expresserat non recessisse. itàque duo sunt, quæ nos docet unum, quod *Papin.* ad validitatem Codicillorum ante testamentum scriptorum exegerat specialem confirmationem aut in eodem testamento, aut in alijs Codicillis. Id, quod ab eodem *Papiniano* expressum habemus *in l. antè tabu-*
2 *las* 5. *D. de jure Codicillorum*, ibi, *ante tabulas testamenti Codicilli facti non alitèr valent, quam si testamento, quod posteà factum est, vel Codicillis confirmentur.*

Secundum, quod contrà *Papinianum* ejusve sententiam Imperatores Rescripsère. Sed cum verba Rescripti non habeamus, nèc satis ipse *Tribonianus* explicet, quid nã Rescripto cõtinebatur, oportet nos divinare, tãrò magis quod si Rescriptum illud sic foret loquutum, ut ex *Triboniani* verbis elicitur *ex ijs Codicillis, qui testamentum praecedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecit*

fecit à voluntate, quàm in Codicillis expresserat non recessisse (non utique adversabatur *Papiniano*, neque illius sententiam antiquabat sive illa se habuerit quomodo refertur in *d.l.5.D.de jure Codicillorum*, sive quomodo relata in hoc *§.non tantum instit.de Codicillis.* Si quidem dum Rescriptum exigit, ut appareat eum qui testamentum fecit à voluntate, quã in Codicillis expresserat non recessisse, jam exigit idipsum quod *Papinianus*, specialem nempè confirmationem; ex hac enim, & non aliundè apparere potest, quod Imperatores volunt dum illud positivum aliquod est, quod exigunt; alioquin scripsissent (*posse fideicommissum peti, si is, qui testamentum fecit à voluntate, quam in Codicillis expresserat, non recessit*; nàm tunc ex hoc loquendi modo intelligeremus nil aliud exquirere eos quàm nõ esse expressè mutatã voluntatem, hinc pro illa præsumere nisi contrarium appareret jussum, in quo sanè casu si ità scripsissent se opposuissent *Papiniano*, qui confirmatam eam specialitèr volebat; igitur eum ut diximus contenti non sint sola præsumptione, sed constare velint positivè de non revocata voluntate, jam eos constat *Papin.* assentiri; Ne ergò *Tribonianum* adeò stultum putemus, ut Rescriptum, quod refert, non intellexerit: oportet dicere rescripsisse Imperatores, quod fideicommissum peti poterit, etiamsi codicilli expressè confirmati non fuerint, & sufficere quod non appareat esse revocatos, unde *Theophilus* in paraphrasi aptiùs vertit (*nisi ostendatur testator, ab his, quæ in Codicillis scripserat, recessisse*, nam ità Regulam firmat ex Rescripto Imperatorum oppositam *Papinianeæ* sententiæ, dum *Papinianus* eo, quod is, qui Codicillos fecerat testamentum fecit, revocasse codicillos existimabat cum hac tamèn exceptione, nisi specialitèr denuò confirmasset. *Theophilus* verò ex Imperatoribus contrà ait, & etiam si testamentum fecisset Codicillos in suo stare vigore docet, sed cum hac contraria exceptione, nisi ostendatur testatorem recessisse à priori voluntate.

Sed videamus, an & ea quæ in dicta *l.5.* ex *Papiniano* sequuntur, *aut voluntas eorum quocunque judicio retineretur. Sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissimè judicavit*, adversentur quoque Rescripto, & an ipsius *Papin.* sint, an verò compilatorum, & sanè *Hotom. in comment. instit. Duarenus anniverſ.2.cap.ultim.* non adversari ea Rescripto scripserunt, adeòque à Pandectarum

3 Compositoribus ad tex. *Papiniani* addita; in contrarium *Eguin. Baro, & Wesembecius ad §. non tantùm instit. de codicillis* contendunt, adversari illa Rescripto, & *Papiniani* esse, non compilatorum.

Faber etiam in præsenti nihil à Pandectarum Compositoribus immutatum esse credit; ideòque & antinomyam durare inter *l.5. Papiniani, & §.instit.* sua hac coniectura evincere conatur.

4 At adversùs coniecturam *Fabrianam* facit primò coniectura alia, quòd credibile non sit *Tribonianum*, & socios jam scientes adversus *Papiniani* Responsum ab Imperatoribus Rescriptum; dùm his adsentiebant, illud non immutatum adducere voluisse, hoc enim fuisset nedùm antinomyas, & contrarietates non auferre, sed conflare ex proposito, & excitare contra quod totiès jactant se fecisse.

Secundò facit, quòd verba illa (*aut voluntas eorum quocunque judicio retineretur*, enervant quod pauló antè *Papinianus* dixerat, *non alitèr valent, quàm si testamento, aut codicillis confirmentur*; nàm aliud & diversum est *testamento, aut codicillis confirmari, aliud quocunque judicio retineri.* Primum non alitèr fit quã si specialitèr, & apertis verbis codicilli cõfirmentur, secundum fit eo ipso quod retinentur, scil. eo ipso quod aut expressè non improbantur, aut non probatur ab hæredibus ea mente testatorem post Codicillos testamentum fecisse, ut illos reijceret, & cassaret. Cum ergò dicta verba *quocunque judicio* prioribus non conveniant imò adversentur, oportet ex Rescripto adversus priora facto ab Imperatoribus desumpta asserere; siquidem ex quo *Papinianus* (ut *Faber* ipse totiès fatetur) expressam requirebat confirmationem, jam negabat valere sine illa codicillos, & è contra si quocunque judicio retinerentur quis volverit sufficere, is proeul dubio negabit expressa confirmatione opus esse.

5 Nec difficultatem effugit *Faber* sub *nu.4.* dum *Papiniani* adducta verba, *aut voluntas eorum, &c.* sic explicat, ut ex illis intelligere nos velit, codicillos valere, dummodo testator, licèt extrà testamentum, vel citrà alios codicillos dixerit in nihilum velle se priùs factis codicillis derogari, aut alio quovis modo

6 de hac sua voluntate appareat; Non effugit sanè difficultatem, nàm diversitas inter primam textus partem, & secundam non in eo est, quod in prima exigatur confirmatio in testamento subsequuto, vel in alijs codicillis; in secunda dicatur sufficere, si fiat aut appareat ex quocunque alio judicio, vel modo. Sed in eo est, quod in prima parte textus exigitur confirmatio, in secunda non item, sed dicitur sufficere, ut quocunqoe modo retineantur, & quod idem est, sufficere si non improbentur. Et sanè ad *Fabri* sensum non ità loquutus fuisset *Papinianus*, *quocunque judicio retineantur*, sed ità *si testamento, vel codicillis, aut alio quocunque judicio confirmentur.* Error itaque in eo est, quod retineri, & con-

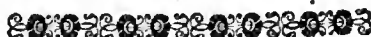
firmari idem significatum habere voluit: nèc vidit confirmari id quod denuò, & positivè inculcatur, retineri verò etiam illud, quod expresè non improbatur. Sanè qui confirmat retinet quoque: at qui retinet minus aliquod facit, & ideò, confirmasse eum dicere non possumus.

7 Cæterum *Imperatorum Dioclet. & Maximil.* Rescriptum aliud quod extat in *l. sive initio 6. C. de Codicillis* fateor, & ego ad præsentem disputationem non pertinere, sed ità fateor, ut non solùm ab *Accursio*, qui cōprobari illo Cōstitutionem *Severi, & Antonini* dixerat; sed & à *Fabro*, qui potiùs cōprobari *Papiniani* sententiam contendit hic *num.* 5. discedam, & hoc primò quia loquuntur in eo *Dioclet. & Maximil.* in specie in qua is, qui testabatur, Codicillis etiā se aliquid relictūrū dixerat scilicet, qui testamentum priùs fecerat, deindè Codicillos; verum in principio testamenti, vel in aliqua ejus parte, aut in fine expresserat se Codicillos factutum, mandando servari tam quæ in testamento, quam quæ in Codicillis dispositurus fuisset; secundò quia confirmatio de qua ijdem *Diocl. & Maxim.* longè alia est ab illa, quam *Papinianus* exegerat, & *Severus, & Antoninus* respuunt, nam hęc ea est, quæ communitèr apponi solet ab his, qui testamentum faciunt, & apponi, ut omnes Codicilli, qui fiunt testamento confirmati appareant, illa vero pertinebat dumtaxàt ad Codicillos antè testamentum factos non ad omnes, & ut ex ea ostenderetur testatorem, & si testamentū posteà fecisset volūta-

8 tem tamèn nō mutasse de reliquo an adductū *Severi, & Antonini* Rescriptum ad fideicommissum dumtaxat, ut *Faber* vult non; autē ad cætera, quæ directis verbis relinquuntur pertineat: quoniā dicturi sumus *lib.* 15. *c.* 15. nūc operępretium erit quid hic *Repetentes* sibi velint investigare, & hi post *Bart.* hic, & *Gl. in l. sive initio C. de Codicillis, Alex. in l. si quis eum in princ. n.* 4. *D. de vulg. pupill.* & similes non admodum solliciti, an adhùc *Papinianus* in citata *l.* 5. adversetur Rescripto, de quo in §. *non tantum* sic utrumque locum explicant, ut doceant Codicillos ante testamentum factos valere, & si expresè non fuerint confirmati, dummodò non probetur, testatorem voluntatem mutasse, & ab eis recessisse, atque ità cum *Theophilo* conveniunt, alijsque Neo-

9 tericis, qui id ipsum volunt. Nec à *Repetentibus Pragmatici* dissentiunt, qui & ipsi passim jactant nedùm per sequutum testamētum Codicillos anteà factos non censeri revocatos, ut conjectabat *Papinianus*, sed è contrà censeri ratiè confirmatos; adeò, ut incumbat hæredi onus oppositum probandi ex juribus suprà citatis, cum quibus conjungunt §. *sed fideicommissum in Aut. de restit. fideicōm.* post *Manticam de conject. ult. volun. lib.* 1. *tit.* 8. *num.* 2.

10 Porrò occasione prædictorum illud etiam adnotare solent, quod Codicilli pars sunt Testamenti, eidemque insunt, ut dixit *Surdus cons.* 130. *num.* 4. & *Gratianus discept. cap.* 922. *num.* 22. Unde Codicillos semper ad Testamentum trahendos volunt, & ex testamento explicandos cum *Natta cons.* 483. *n.* 18. & *cōs.* 476. *n.* 10. *Mantica de conject. lib.* 6. *tit.* 4. *nu.* 7. nnum enim dicitur venire continuativè ad alium, *Peregr. de fideicom. art.* 16. *n.* 49. *Grat. discept. cap.* 571. *n.* 45.



CAPVT XIII.

De quæstione l. si duo 16. D. de leg. præstandis.

SVMMARIVM.

1 *Antinomiam inter Africanum, & Vlpianum.*
2 *Vlpiani verba.*
3 *Non debuit Paulum ab Vlpiano dissentire saltem stante compilatorum animadversione.*
4 *Textum corruptum à librarijs.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Faber injuriam infert Accursio.*
7 *Quomodo posset ejus conciliatio adversus Fabrum defendi.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *Rupto testamento debentur legata.*
10 *Idem si per errorem defuncti testamentum non valeat.*
11 *Idem si per negligentiam hæredis, aut dispositionem statuti volentis insinuationem.*

1 SI Pater, qui duos habebat filios, alterum in potestate constitutum, alterum verò emancipatum. Primum præterierit. Secundū verò instituerit. per primum, qui in potestate erat, commisso edicto, ac bonorum possessione Contrà tabulas accepta, adhùc secundo à Prætore pars data servatur; sed utrum ideo secundus legata præstet saltem conjunctis personis, dubitatur; nàm de primo, qui ab intestato succedit dubium non est; quia nedum nō omnibus, sed nec saltim conjunctis personis, legata præstare, cogitur; & in hujusmodi hæsitatione dissensisse J. Conf. credidit *Jacobus Cujacius in tractatu* 4. ad *Africanum* ad *l.* 14. *D. de bonor. possess. contrà tabulas.* Et id ipsū mutuatus *Faber* hic adducit asseverando nō mediocrem ideo esse pugnam intèr *Vlpianum,*

num, *& Africanum* ex una parte, & *Paulum* ex altera.

2 Sed quamvis verum quod de hac re aliquâtulum dubitatum fuerit, ut *Vlpiani* indicant verba postrema in *l. si duo 16. de leg. præstandis*, cum sic loquitur: *Si duo proponantur esse, unus in potestate præteritus, alius emancipatus institutus: apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est, & si ambo petiissent contra tabulas bonorum possessionem; is quidem, qui in potestate mansit, cum rem ab intestato habeat, non præstabit liberis, & parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse præstat: quia rem auferret, qui præstaturus non erat, si solus esset, sed verius est, vel hunc saltem debere liberis, & parentibus præstare legata, proinde si contrà tabulas non acceperit dicendum est tuendum eum in partem, & utique liberis, parentibusque legata præstaturum, sed an omnibus dubito, tamen quia plena fruatur voluntate, plenum, & obsequinm præstare testatoris judicio pro sua parte debet.*

3 Quamvis, inquam, verum esse dignoscatur tum ex citatis *Vlpiani* verbis, tum ex alijs *Pauli in l. is qui 15. §. de scripto autē D. eod. tit.* (*& complures putant*,) quod Juris Consulti in proposita quæstione intèr se dissenserint: incertum tamen est, an intèr *Paulū*, *& Vlpia-*

4 *num* dissidium fuerit; nàm non tàm facilè assentiendum est ijs, qui perpetuam quandam intèr hujusmodi Juris Consultos pugnam volunt, & esto quod fuisset, verisimile non est Compilatores adeò stupidos, & ineptos, ut posuerint sub *eod. tit.* & in una eademque pagina duo J.Consultorū contraria responsa.

His accedit, quod si *Vlpiani* sententia, quæ & *Africani* fuit in *l. si ex duabus 14. de bonor. possess.* contrariè prævaluit, tàquam receptior, ut *Faber* ipse hic fatetur *n. 4.* oportebat *Paulum*, juxta illam, respondisse, aut à Compilatoribus, ac si ita Respondisset ipsius verba fuisse accommodata; illa namque præsferunt receptiorem sententiam, & indicant eam, quæ prævaluisset *Paulum* sectari, eique assentiri, ibi: *de scripto autem quæritur, & complures putant certis personis, & eum præstare debere, quod puto verius esse* igitur aut uterque J.C. non omnibus legata præstanda, aut uterque præstanda voluit.

5 Sed dices his, non obstantibus intèr *Vlpianum*, *& Paulum* dissidium non suspicari, sed legi; fateor verum id esse, sed librariorum potiùs incuria evenisse existimo, ideòque de emendatione rectaque lectione cogitandū volui, meamque conjecturam proposui in *Suspicionum libris*.

At dissidium inter *Vlpianum*, *& Paulum* etiam *Veteres* agnovère, ideoque de emendatione solliciti plura Commenti sunt, ut vel ex una *Accursij*, *Glossa ad hanc l. is qui 15.* *§. sed si unus* videre est, itē ex *Zuccardo* inter *Repetentes in comment. ad l. Posthumo num. 13. C. de bonorum possess. contra tabulas*, & *Cumano in l. si filius, qui in potestate nu. 8. D. de liber posth.* deniq; & ex *Bartolo*, qui casum tractat in substituto pupillari, quæritque, an si actum fuerit contrà tabulas, substitutus ipse omnibus, an tantummodò his, quibus pupillus debitutus fuisset legata præstat in *l. 35. D. de vulgari*. Cæterum injutiam infert *Accursio*,

6 *Faber*, dum scripsit *num. 6. Valeat Accursius, qui Paulum loqui, ait, de suo hærede instituto.* quandoquidèm *Accursius* solum refert quosdam ita dixisse, & adijcit id ei non placere, ibi (*alij quod illa in emancipato hac in suo,*) & adijcit *hac non placet* (*ut in d. l. si adibus §. si is*) quanquamm verum sit quod *Accursius* in ea côciliatione residere videatur quę vult, quod *Paulus* loquatur de illis liberis, qui contrà tabulas petere non possunt, hinc si hęc conciliatio alicui placebit, poterit illam defendere à *Fabriana* oppositione, (quod *Paulus* sētentiam suam ex eo confirmet, quod is, de quo loquitur sit ex liberis, qui contrà tabu-

7 las petere potuerint;) Respondendo, quod verba *Pauli*, *Prætor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contrà tabulas petere poterunt.* Sic explicati possunt, ac si scriptum, quod *ex liberis* descendit qui contra tabulas petere potuerint, & ita sanè *Accursius* ea verba nec malè explicat, nam aptè dicimus *esse ex liberis* pro *descendere ex liberis*, *&c.*

8 *Pragmatici* tamèn cum hodie hujusmodi distinctio intèr legata certis personis, & legata extraneis relicta, in usu non sit, parùm de traditis in citaris legibus curant, quamvis intèr eos *Arism. Tepatus sentent. lib. 2. sub tit. de legatis in genere.* adnotaverit, quod rupto

9 testamento per bonorum possessionem contrà tabulas, adhùc debeantur legata relicta liberis, & parentibus, seù alijs conjunctis personis in edicto Prætoris expressis *l. 1. C. de bon. poss. contra tab. & l. 1. D. de leg. præstandis.* Sed illud tantùm cum *Bartolo* ad hanc *l. is qui* solent adnorare, quod facto nullo testamento ex capite præteritionis legata debētur, quod ut notabile collegit *Marcus Mantua sing. 72. num. 1.* quamvis id propriè pertineat ad explicationem *Ant. ex causa C. de lib. præteritis* de qua inter alios *Gaillus observat. 113. lib. 2.*

10 Hinc si hæreditas non possit adiri ex testamento propter errorem defuncti, adhùc successores ab intestato legata debere conjunctis personis voluère cum *Bartolo singul. 188. & Petro Ravenna singul. 219.* Cæterum intèr côjunctas personas ad materiam harum legum, etiam uxorem aliqui numerant ex authoritate *Joseph Ludovici dec. Perusina 16. par. 2. num. 41.*

11 At illud sanè in controversiam venit apud

plerosque, an si hæreditas non adeatur obstãte Statuti dispositione possint legatarij legatum petere; nàm negant ex *l. 2. §. fin. D. ut legat. nomine caveatur* plerique cum *Guidone Papa decis. 604. & Boerio decis. 41.* Affirmant alij, si adsit clausula codicillaris concepta per verba futuri temporis ex *Decio cons. 652. num. 12.* ad quod facit *Bart. singulare 162. & l. 14. C. de fideicomm.* Meliores tamèn concludunt, quòd cum negligentia hæredis non debeat legatarijs nocere si hæredis institutio fiat invalida vigore statuti ob non insinuatum testamentum, adhùc legata debebuntur *Petrus de Ravenna singul. 328.*



CAPUT XIV.

Agitur de lectione legis, cui res 29. D. de act. empti.

SUMMARIUM.

1 *Faber mutandam vult lectionem in hac l. cui res.*
2 *Sed retinetur primò quia ejus emendatio falsum profert.*
3 *Secundò quia recepta lectio exceptionem continet qua legatarius utatur.*
4 *Accursij expositio parum apta.*
5 *Si quis rem sibi emptam emit, inutilis emptio est.*
6 *Qui rem sibi debitam emit pretium recuperat.*
7 *Sed neus res illa aliquo modo poterat ab eo auferri.*
8 *Potest emptio fieri de rebus dubium, & incertum eventum habentibus.*
9 *Res quæ evinci potest minus valet.*
10 *Res hipothecata generaliter potest rectè vendi, sed de specialiter hipothecata non cogitur emptor pretium solvere si nolit, & petat ut liberetur.*

1 LEctionem Receptam in *l. cui res 29. D. de act. empti Faber* vexat in præsenti, & cum in ea scriptum sit *cui res sub condit. legata erat, is eam imprudens ab herede emit, actione ex empto poterit consequi emptor pretium; quia non ex causa legati rem habet*, reponendum vult, mutata negatione in affirmationem; *quia nùnc ex causa legati rem habet.*

Sed non adeò *Fabri* ratiocinatio urget, ut à recepta lectione, quàm constantissimè libri omnes habent, & quæ perspicua, & plana est, recedere debeamus.

2 Primò, nàm hujusmodi lectio (*quia nùnc ex causa legati rem habet*) falsum asseverat, etenim emptor non ex causa legati, sed ex causa emptionis rem habet, cum eamdem imprudens emisse proponatur pendente conditione, quo tempore constitit emptio, & utilis fuit, ut & *Faber* admittit *num. 50.* nec particula *nunc*, quà tempus existentis conditionis demonstratur quicquam juvat; nàm & si verum quod pendenre conditione res ex causa legati debeatur legatario, non tamen verum quod ejus tunc fit, dum jàm ejus fuit ex causa emptionis, quæ à principio utilis ad rem in emptorem trasferendã, nam conditio pendebat, & adeò non legatarij res tunc erat, ut nèc transmisisset ejusdem legatum, si interim decessisset, nec alteri cedere illam potuisset *l. 45. §. si sub condit. D. de legatis primo.*

3 Secundo, quia verba hæc (*quia non ex causa legati rem habet*) replicationem continent, qua adversus hæredem legatarius, qui imprudens emit uti poterit; nam dum repetit pretium emptor à venditore hærede, & is excepit, *rem emptorem habere* replicabit non ex causa legati habere, & proindè ipsum hæredem teneri pretium restituere, ut ex causa legati ipse possessor rem habeat, idest, ut habeat ex lucrativa causa, quomodo rectè *Dion. Goth.* advertit, ex cujus nota, & ex his, quæ passim *Neoterici* tradunt, rectissimè recepta lectio tuetur, & explicatur.

4 Sed *Accursius*, quem plerique ex Repetentibus sequuntur post Joannem verba illa (*consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet*) ità explicat, ac si dixisset Juris Consultus; ideò pretium restituendum legatario; quia alius non ex causa legati, sed ex empto re habiturus foret; hujusmodi tamẽ explicatio, ut *Paulus Castrensis* notat, parùm apta est; nàm ex ea concluderetur, potiùs ex testamento agendum fore quam ex empto, ad hoc ut pretium recuperaretur.

5 Illud verò rectè idem *Accursius* advertit, ideò condirione pendente, rem emptam proponere Juris Consultum; nàm si conditio non penderet, & legatarius rem purè legaram sibi emisset, nulla venditio foret ex Regula *l. sua rei D. de contr. empt.* Ad quod vice versa adnorant *Pragmatici*, quòd qui sciens rem alreri obligatam emit, non poterit de obligatione existẽte super re excipere adversus eum qui vendidit &. pretium petit ex *Rota Genuensi decis. 190. Natta cons. 267. te. 1.* quod ex hac lege nostra probari potest, in qua imprudenrèr legatarium emisse dicit: non idem dicturus si emisset prudenrèr J. Cõsultus, & faciunt quæ *Faber* scribit hic *num. 5.*

6 *Bartolus* autem, & *Baldus* ex hoc tex. desumunt Axioma illud, quòd si quis rem sibi debitam emat, pretium poterit recuperare, quod passim *Pragmatici* jactant post *Mon-*

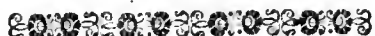
Mozzium de contractibus tit. de empt. rubr. de rebus 56. & *Tiraquellum de retract. convent.* §. 2. *Glossa* 1. *num.* 12. Unde constat apud Nostros, quod qui rem propriam emit non tenetur ad pretij solutionem, sed potiùs solutum repetit *Benintendens decis.* 5.

7 His addere solent primò, quod licet Regula sit, quod emptio rei suæ non valeat, attamen si res illa ab eo, qui suam esse contendit, aliquo modo auferri posset, utilis emptio erit, ut ratiocinantur cum *Cravetta in Responso* 1. *pro Genero num.* 413. & 423.

8 Secundò addunt nonnulli cum *Ozascho quæst.* 95. *num.* 3. quòd emptio contrahi possit etiam de rebus dubijs, ac incertum eventum habentibus, nam hæc æstimato eventu vendi, & emi poterunt.

9 Tertiò addunt quod si res vendita non ad ipsum emptorem, sed ad tertium aliquem pervenire poterit in futurum, sed contingenter quamvis interim emptio constet, & utilis sit, adhùc valor ipsius rei minùs æstimabitur, ut idem *Ozaschus* docuit *decis.* 24. *nu.* 5. qui & addit *num.* 8. & passim, posse emptorem agere, ut libera omninò res ei tradatur, idest ut nec contingenti subiecta sit evictioni, si tamè ut libera vendita fuit, & sanè si nō expresserit rei conditionē tenebitur emptor saltèm quanti minoris res est *Mising. obser.* 53. *cent.* 1. quod si non aliter contingentèr ad alium est res perventura; sed necessario, quia scil. illius res est; statim poterit venditor ad pretii restitutionem ab emptore urgeri ex doctrina *Bartoli in l.* 20. §. *sicut D. de act. empt.*

10 Denique cum res venditur, quæ sub generali hypotheca alteri obligata est non per hoc agi poterit contrà venditorem, ut cum liberet, quando qui vendidit alia habet bona, docet *Afflictus decis.* 247. *n. fin.* Cum tamen aliud sit si sub speciali hypotheca obligata res vendita inveniatur, nam tunc poterit excipere emptor, & pretium non solvere ex *Caballino*, & alijs *Rebuffus in comment. tomo* 2. *tract. de const. redi. artic.* 1. *Glossa* 14. *num.* 41.



CAPUT XV.

De explicatione l. cum bona 16. D. de Rebus, autorit. Iudicis possidendis, sivè legis primæ D. de privil. credit.

SUMMARIUM.

1 *Verba textus.*
2 *Potest Accursij expositio defendi.*
3 *Fabri explicatio nequaquam nova ut jactat.*
4 *Substinetur Veterum, & Bartoli interpretatio.*
5 *Quæ faciant adversus Expositionem.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Inter cognatos Creditores qui majorem creditum habet præfertur.*
8 *Quid si omnes pares.*
9 *Non idem quod in emptione, observatur in dilatione quinquennali.*
10 *Plura ad hanc materiam de prælatione in emptione, & concursu Creditorum.*

1 Quod ex *Gajo* legimus in *l.* 1. *D. de privil. cred.* sivè in *l. cum bona* 16. *D. de rebus, aut. jud. possid. Cum bona veneunt, debitor in comparationem extranei, & eius, qui creditor cognatusve sit, potior habeatur Creditor, Cognatusve; magis tamen Creditor, quam cognatus, & inter creditores potior is, cui major pecunia debetur* duobus modis ab *Accursio* explicatum est, quorum tamen cum neutrum Interpretes recipiant, ut in eorum Commentarijs videre est, actum hic agit *Faber*, dum denuò *Accursianas* expositiones impugnat.

2 Sed cum idipsum, quod *Gajus* tractat in venditione possit in adictione tractari, atque tractari, an idipsum cum bona adicuntur, dicendum sit, quod dictum, cum bona veneunt, ideò non prorsus contemnenda est altera ex *Accursianis* expositionibus, quæ quod *Gajus* ait in venditione, in adictione quoque asseveravit.

3 Porrò dum tribus membris hęc lex constet, quorum primo traditur iuxta *Bartoli*, aliorumque expositionem, quod in emptione bonorum communis debitoris exteris creditoribus præferendus Creditor cognatusve; secundo quod cognato non creditori creditor, & si non cognatus præfertur. Tertio, quod inter creditores is, cui major summa deberur, præfertur, & cum in his tribus membris circa secundum, & tertium idipsum proponat *Faber* quod *Bartolus*, & sequaces, & quod *Zasius*, alijque *Neoterici* proposuère, circa primum verò cum ipsis digladietur; Nescio qua fronte asseverare audeat se novam interprationem adducere, cum nec qualis sit hæc nova interpretatio assignari possit. Eo magis quod & inter antiquos etiam plures fuère, qui primam partem hujus legis exposuerunt de creditore cognatu concurrente cum extraneis, ut videre est apud eundem *Bartolum*, *Ripam*, & similes, & inter *Neotericos* apud *Petrum Vanderanum de privil. credit. cap.* 12.

4 Sed videamus quænam sint illa, quæ adversus veterem Interpretationem, & *Bart.* opponat *Faber*, & ex quibus neget inter creditores creditorem cognatum præferendum; ait itaque *Gaji* verba *in comparationem extranei*

nei ojus, qui Creditor, cognatusve sit. Creditorem cognatum eum extraneo nee creditore, nec eognato eoneurrentem præferre; sed non videt hujusmodi interpretationem refelli ex ipsa dubitandi ratione, quæ nulla foret, si poneremus Creditorem Cognatum cum extraneo nèe Creditore, nèe Cognato eoneurrere; & insulsa esset Juris Consulti admonitio, quod Creditor Cognatus præferatur, quando de hoe vix quisquam dubitare eum ratione potuisset; ut ergò ratio aliqua dubitandi adsuerit, oportet ponere, extraneum illum qui cum Creditore Cognaro concurrebat etiam creditorem & ipsum fuisse, adeòque ius aliquod prælationis, quò cæteris non Creditoribus anteponeretur, habuisse, quo uti voluerat adversus eognatum, supponens, ius eognationis nil addere qualitati erediroris. contrà tamèn Juris Consultus respondet, & eognatum jure eognationis cæteris paribus alijs erediroribus præferendum eoneludit, rationem dubitandi reijeiendo; hinc labitur *Faber* cum eandem uti certam, & coneessam assumit, non advertens eriam ex *l. Imperator 60. D. de pactis* nos edoceri quod ius cognationis aliquid afferre solet privilegij; unde si cognatus cum extraneis idest cum illis qui creditores non essent in emptione concurrat, jure cognationis præferendus foret, à pari ideoque emptor cognatus, & ereditor præferendus alijs emptoribus, & si creditoribus; nam & si ius crediti potentius sit inre eognationis, ad obtinendam emptionem, attamen id attenditur cum is qui cognarus est, eum ereditore cōcurrit, at eum concurrit creditor cum eo qui & ereditor quoque est, & ulterius eognatus; oportet eum eedere, alioquin dieeremus, magis esse ereditorem esse, quam eognatum, & creditorem, & esse eognatum diminuere ius quod quis habet quia ereditor.

5 Rursus reliqua *Gai* verba expositionem *Fabrianam* reijcinnt. Primò, nàm quis non videt in illis starim vocari ereditorem eum, quē panlò antè Juris Consultus extraneum dixerat; nàm subiungit magis tamèn erediror, quàm eognatus, idest magis tamen extraneus si ereditor, quàm eognatus, si hie ereditor non fuerir. Secundò, nàm id ipsum confirmant illa ultima. *Et inter creditores potior ille, eui major pecunia debebitur*: nàm in illis litem esse inter credirores exrraneos, & ereditores eognatos, item inter ipsos ereditores, & eognatos, solum ostendit, non item inrer non ereditores, & eredirores eognaros; nam hos quis, unquam dubitabir quin exrraneis præferendos.

6 Insuper quamvis ex vulgaribus Repetentibus plerique ab *Accursianis Glossis* ad hane *legem primam D. de privil. cred.* discedant, & ex hac eolligant, quòd in venditione bonorum debiroris, eognatus præferarur extraneo emptori, & præferatur creditor eognaro. Item inter creditores præferatur, qui majoris est summæ creditor, ut norant post *Bartolum*, & *Ripam* etiam qui in foro versantur cum *Duenna Regula 162. & 164. & Tib. Deciano consil. 105. volum. 3.* atq; ità eoncordent eum *Fabro* asseverante primam partem hujus legis, esse de eoneursu cognati cum extraneo, adhùe tamèn frequentiùs in ea sententia sunt ut si creditor, itemque cognatus eonenrrat in emptione cum creditore extraneo præferendus sit cognatus ereditor, quod passim in foro obtinet præeuntibns *Mangilio de subastationibus quæst. 64. num. 6. Asinio de exequut. §. 6. cap. 6. num.* 1. nostro *Fabro in suo Codice lib. 8. tit. 16. defin. 31. num. 1.* addentibus *ad praxim Panciroli par. 2. vers. secundus modus in ver. ipse emat, & Postio de subast. inspect. 36. num. 55.*

Quod si qui prælationem petit cognatus quidem, sed non ereditor fuerit, ei ereditorem præferendum secundum quod *Gajus* respondet *in secunda par. hujus legis* asseverant *Asinius* ubi supra *cap. 8. num. 5. Brunus de cess. bonorum quæst. 13. in princ.* & ex his citatus *Postius num. 51.* Unde *Gratianus* ad hoe, ut prælatio in emptione coneedatur alieui, oportere eum, & creditorem esse, & eognatum, pro Regula posnit, & eopulativè has duas qualitates exegit *discept. cap. 978. num.* 14 ut & *Mangilius dicta quæst. 63. num.* 10.

7 Denique quod in hae nostra lege dieitur inter creditores præferendum eum, eui major summa debetur, idipsum observandum intèr cognatos creditores, quorum par sit causa, & in quibus eędem qualitates concurrant eognationis, & erediti, dixère ijdem *Gratia-*
8 *nus Mangil. & Asinius* ubi supra, nisi credita forent æqualia; nàm tùne practieandum suadent, ut personarum numerus prævaleat, ex *Rebuffo in tract. de præcon. licitat. & subast. art. 7. Glossa 1. num. 7.* & ex *Mangilio* idipsum adnotans citatus *Postius* ubi supra *num.* 58. qui & *num. sequenti* addit hujusmodi prælationem amittere creditorem eognatum, si extraneus majorem offerat pretium, quam ille, & adducit *Brunum de cess. bonorum quæst. 23. in princ. Asinium dicto §. 6. cap. 5. nu. 9. & cap. 8. num. 6.* explosa opinione Addentium ad *Pancirolum* in praxi loeo eitato, & aliorū *a Mangilio* adductorum qui semper esse præferendum eognatum volebant, quorum tamèn sententia ex *Gratiano*, & alijs, tùnc reeipi posset, quando eonstaret per fraudem, vel collusionem, aut simulationem extraneos illos majorem offerre pretium, quàm cognatus, in quibus terminis defendendę sunt deeisiones S. Con. penès *Tapiam*.

9 Illud

9 Illud quoque adnotandum ad materiam, quod *Gaij* Responsum hoc ejusve ordo locum sibi non vindicat, nec prælationem in agnatorum favorem importat, quando non de venditione bonorum, verùm de danda dilatione quinquennali tractatur, ut adnotavit eruditissimus *P. Vanderanus* citato loco, & proinde *Pragmatici* passim jactant numerum Creditorum, & summas non cognationè, esse attendendas, vide *Afflictum dec.288.n.3. Salgadum in labeeynt.cap.2.n.13.Cons.Roccum in Responso 11.*

10 Denique faciunt ad hęc quę diximus quæ de cogendo creditore ad concursum, aut ad consentiendum adjudicationi cum alijs tractat *Præses de Franchis dec.82.* ubi Addentes, & quæ de vicinis præferendis in emptione tam Creditoribus, quam cognatis, nedum extraneis scripsère de Jure communi *Joannes de Platea, & Jacobus de Arena in l.quicunque C.de omni agro deserto, & Fabianus de Monte in tract.de empt.3. q. principali nu. 14.* Et inspecto jure hujus Regni *Afflictus*, & Addentes ad Constitutionem de jure protomiseos sicuti inspecto jure hujus Civitatis, & consuetudinibus *sub tit.de jure congrui*, quæ *Neapolan.* & Addentes, necnon *Molfesius*, & alij, sed omnium melius novissimè cum de congruo agitur *de Luca ad Francum decis.550.*



CAPUT XVI.

De expositione §. sed si emptor l. à Divo Pio 15. D. de re iudicata.

SUMMARIUM.

1 *Rectè hic textus summatus à Bart.*
2 *Ejus expositio adversus Fabrum.*
3 *Melior lectio hujus §. in vulgatis quam in Florentinis.*
4 *Contra exequutores Nulla potest actio competere.*
5 *Græcorum versio hujus §.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *Plura circa materiam eorum qui exequuntur sententias.*
9 *Alia ad eandem rem de exequutore non mero.*
10 *Merus Judex exequutor quid faciet cum injustam apertè sententiam cognoscet.*

1 ET si quod nam illud esset, quod scriptum extat in §. *sed cum emptor l. à Divo Pio 15. D. de re judic.* aliquatulùm obscurum videretur, & intricatum at tamen à *Bartolo* adeò dilucidè in summario redactum fuit in illis verbis, *si per Judicem exequentem res sit vendita pretio non soluto, cessat officium Judicis in pretio exigendo. Unde res debet vendi præsenti pecunia, vel res vendita revocari*, ut nil aliud desiderandum fuisset.

2 Sed *Faber* novandi animo plura hic comminiscitur, intèr quæ illud præcipuum est, quòd in illis Iuris Consulti verbis (*maximè cum non habeat actionem*) denegatam Creditori actionem adversùs exequutores contendit, quando evidentissimè patet de actione adversus emptorem ibi tractati, eamque non adesse asseveratum; Et sanè cum in principio §. fuerit ita dubitatum; *Sed si emptor, cui pignora sunt addicta, exequente Judice pretium emptori non solvat, utrum adversùs emptorem porrigere manus debeant ijdem Judices, qui sententiam exequuntur videndum est, &* ad dubitationem responsum fuerit *non putat eos ultra procedere*, adjectaque fuerit ratio in illis sequẽtibus *Caterum longe res abibit.* Quid enim dicemus? condemnabunt emptorem, & sic *exequentur adversùs eum sententiam, an statim pro judicato habebunt? Et quid si neget se emisse, aut exsolvisse contendat, meliùs igitur erit, si non se interponant*, jam nemo non videt quod id, quod postea adijcit J. Consultus, *maximè cum nec habeat actionem adversus eum* non ad reddendam rationẽ priorum dictorum, sed ad confirmationem quandam ipsorum, adiectum fuisse ut .f. magis, ac magis quod dixerat firmaret, reddita etiam ratione illa, quod cum adversus emptorem non habet Creditor actionem, non poterit exequutores interpellare.

3 Hinc constat, quod in lectione hujus §. de quo agimus, Norici libri, & vulgati rectiùs se habent, quàm *Florentini*; nàm habent in plurali *meliùs igitùr si non se interponant*; cum sermo de exequutoribus sit, qui se interponere non debent, & quanquam aliquando Juris Consultos singolarem numerum pro plurale, & contrà usurpasse ab alijs jàm observatum sit, hoc in loco, de quo agimus nequaquam fecisse jam videmus.

4 Constat secundò, quòd cùm ex dictis appareat non debere se exequutores interponere, nulla poterat esse dubitandi ratio, an adversùs eos aliquam emptor actionem sit habiturus; non enim causari poterat suam litem exequutores fecisse; dùm non habent illi, nisi cognitionem summariam, unde eorum sententia non præjudicat, ut *Ulpianus* in hac eadem lege in §. *si rerum* paulò antè monuerat.

5 Constat tertiò rectissimè Græcos *Basilicorum*

rum 9. tit. 3. de re judicata, & de rebus dubijs, & suspensis cap. 15. §. 3. hunc locum, de quo agimus, vertisse in his verbis, quæ sic fecit latina *Carolus Annibal Fabrotus* vir Clariss. cujus versione utimur (*Sed si emptor pignoris pretiũ non solvat, aut neget se emisse, idem Judex hic se interponere non debebit; quia nec qui vicit adversus emptorem actionem habet.*

Cætera, quæ de exequutoribus jejunè admodùm, ac timidè pronunciat *Faber hic n. 7 & 8.* si quis uberiori methodo collecta velit, adeat Viros Doct. *Scipionẽ Gentilem de Jurisdictione lib. 2. cap. 31. Hugonem Donellum lib. 27. comment. cap. 3.* ubi *Osualdus* videodus in notatis.

6 Nos ad *Veteres* deveniamus *Interpretes* nã & hi passim ex *Vlpiano* in hoc §. *si emptor* nil magis clarum habent, quàm exequutores, qui vendiderunt pignus, si emptor pretiũ nõ solverit, se intromittere non debere, sed recurrendum esse ad primævos Judices, ac si res nunquàm pignoris vinculo fuisset liberata, explosa quorundam opinione temere affirmantium quòd si pretium non solvatur ijdem exequutores rem venditam revocabunt, & alteri vendent, id probare conati ex dictis *Bartoli, Baldi, Alexandri, Jasonis, Ripæ*, & similium hic.

7 At multò melius *Pragmatici*, ex hoc tex. adnotant vẽditionem pignorum ab exequutoribus semper faciendam præsenti pecunia, nullaque habita fide de pretio, quod *Dion. Gothofredus* hic adnotavit, & ex *Practicis* docuère *Colerus de process. exequut. p. 3. c. 9. n. 79. Ferrariensis in Praxi in forma exequut. senten. diffin. in ver. publico Nuntio, n. 7.* & sequ. post *Rebuffum de ordin. Regni Galliæ tit. de lit. oblig. art. 1. Gl. 3. num. 76. & Gl. & Baldum in l. cum vendente C. ubi causa fiscales.*

8 Cæterùm quia ex hac lege mandatur, ut dictum est, ne exequutor se intromittat in decidendo. Constat apud Nostros primò quòd non poterit suspectus allegari exequutor, nisi admodùm in exequendo modum excedat, *Balbus decis. 41. Vera decis. 333. p. t.* secundò ab eo nisi modum excedat, non appellari, ut communitèr dicitur ex *l. 5. C. quorũ appellatio non recipitur*. Tertiò constat nèc ad expensas erogatas in exequendo posse exequutorem reum condemnare, sed ad Judicem sentẽtię recurrendum esse ex *Rebuffo in constit. Regni in tract. de sentent. provis. art. 3. Gl. 2. n. 2. tom. 1.* sed videas circa has expensas *Colerum de process. exequut. lib. 3. cap. 9. nn. 151. & 157.* Quartò constet exequutorem excedere fines commissionis non debere, ideoque si excedat posse adversùs ipsum actione injuriarum agi *Guidon Papa q. 393.* Doctores ubi supra tanquam deliquisset, quod quando faciat notat *Rebuffus ubi suprà art. 7. Gl. 15.* & quando ei tanquam excedenti resisti possit *Menoch. de arbitr. lib. 2. cap. 378. num. 8.* hinc quomodò titè se gerat exquutor in venditione rerum oppignotatarum absque injuria debitoris, & Creditoris latè docet *Colerus* loco citato *p. 3. cap. 9. n. 71. & seq.*

9 Sed adijciunt his *Pragmatici*, quod non semper exequutores meri exequutores sunt, & facti dumtaxàt, & sententiæ ab alijs latæ, sed quandoque causæ cognitionem aliquam habent, oam de ejusdem sententiæ nullitate, aut de validitate, & justitia cognoscuot, ut plerique monent, & inter hos *Menoch. de arbitr. lib. 1. cap. 38. Guid. Papa q. 23. & q. 574. Lanfr. Balbus dec. 88. Mising. obser. 69. cent. 3. Hippol. sing. 138.* qui prædictos exequutores mixtos appellat cum *Rebuffo loco citato Gl. 16. post Gl. in cap. potestatis, 28. §. quia verò ex. de officio, & pot. Jud. deleg.* & in his verificatur assertio quę extat in *l. si ũo 4. C. si contra jus*, quod exequutione mandata videtur etiam, & mandata cognitio, & verificatur etiam doctrina *Gailli obser. 113. lib. 1. n. 7. & Menochij de arbitr. lib. 1. q. 38.* quod quãdoque exequutores cognoscunt de exceptione coràm ipsis proposita ad impediendam exequutionem.

An autem ordinarius loci exequi teneatur sententiam Delegati, quàm videt evidẽtèr in-
10 justam pluribus disputat *Marauta in suo speculo disp. 1.* quanquàm affirmativè concludẽdum sit ex *cap. pastoralis 28. §. quia verò ex. de off. & pot. Jud. Deleg.* Sed quid faciat Judex requisitus quando sententiam apertè injustam videt, habes apud *Guidon. Papam q. 23. & qu. 574. Lanf. Balbum dec. 88. Minsing. obser. 69. cent. 3. & Hippol. sing. 138.*



CAPVT XVII.

Defenditur recepta lectio in plerisque Digestorum locis.

SVMMARIVM.

1 *Faber hic plura loca emendat.*
2 *Sed malè textum in l. quemadmodum 29. §. si D. ad l. Aquiliam.*
3 *Item in l. si quis 39. D. de cond. in debit.*
4 *Item in l. cum hic status.*
5 *Item in l. 1. D de in litem jurando.*
6 *Item in §. Julius Longinus l. ex facto.*
7 *Pragmatici asserunt quod si fortuito una navis damnum alteri intulerit, liberatur dominus nisi ex culpa, aut negligentia.*
8 *Item, ut se salvaret.*
9 *Semper ei qui solvit est facienda cautio de recepto.*

10 *An*

10 *An creditor repetat solutum legatario.*
11 *De effectu contumaciæ.*
12 *Indignus succedit vigore substitutionis.*

1 SUb uno hoc capite nonnulla juris loca corrumpere potiùs, quàm emendare tētat *Faber*; sed ne per nos id liceat videamus.

2 Igitùr, quod primò ait in *l. quemadmodum 29. §. si navis D. ad l. aquiliam*, dispuncta negativa legendum esse in finalibus verbis: *sed si funè rupto, aut cum à nullo regeretur navis incurrisset: cum domino agendum esse* id nequaquàm recipiendum erit: & ratio est, quia cum in dictis verbis damnum citrà alicujus culpam datum proponatur, fune scilicet rupto, aut rectore deperdito, non poterit adversus dominum agi, sicùt nèc adversùs nautas; nam cur Dominum teneri dicamus, an quia, ut ait *Faber*, non prospexit ut navis à bono rectore regeretur, & validis funibus esset instructa? Sed quis ignorat, & optimum quemque rectorem, & funes fortissimas rumpere, & perdere vim tempestatis plerumque solere; ideòque nil domino imputari posse, ut *Bachovius* etiam advertit in notatis ad *Treutl. volum. 1. disp. 18. Thesi 5. lit. C.*

Cæterù ad rem non facit, quòd scriptum potiùs (*sed si*) quàm (*sed & si*) fuerit, ut idem *Faber* ponderat *num.* 3. nàm particula illa, sed, pro conjunctiva accipienda erit, quomodo *Cujacius* disertè docuit 25. *obser. cap.* 10. & explicavit *Dion. Gothofredus* in notis ad *hunc* §. sanè Basilicorum libri *lib.* 53. *tit.* 2. *de navi vindicanda cap.* 29. §. 1. in fine negationem habent, ibi *Dominus non tenetur*, & idem prorsùs habet *Eclega* sivè *sinopsis* eorumdem librorum in dicto loco.

3 Secundò, quod scribit *nu.* 4. *in l. si quis 29. D. de cond. indeb.* ubi legitur, *si quis cum à fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse Divi Severus, & Antoninus rescripserunt* dispungenda esse illa verba *plus debito*, quoniam glossemma sunt Interpretis cujusdā ad illa *quasi indebitum*. idquoq; reijciendum erit ea perspicua ratione, quod cum non interposita cautione fideicommissum restituitur, revera, & appositè loquendo non tàm indebitum solvitur quàm plùs debito præstatur. Unde rectè Juris Consultus, quod anteà indebitum dixit, statim plus debito esse affirmavit. Nèc rectè *Faber* in contrariū contendit totum ipsum fideicommissum indebitū fuisse siquidē *Vlpianus* docet disertis verbis *in l. nisi 3. §. fin. D. si cui plusquàm per l. falcidiam, In restituendo fideicommisso, aut legato plus debito solvi*, & sanè revera solvitur, dum hæres non interposita cautione solvendo, solvit quidē quod debebat, aut debiturus fuisset, sed indemnitatem suam remittit, atque ità plus facit eo, quod facere debuisset, & plus solvit quod solvere debuisset; quamquam, & si concedèremus *Fabro*, indebitum esse dicendum fideicommissum sine cautione solutum, adhùc recepta lectio foret retinenda; nam *Mecianus* ità loquitur, indebitum fideicommissum condicendum quasi plus debito solutum, & ly quasi, improprietatem quandam ostendet.

4 Tertiò in *l. cum hic status 32. §. si uxrus 18. D. de donat. inter virum, & uxorem*, & si parum referre videri posset, an (*ratione nova*) ut nùnc legitur, an potiùs (*oratione nova*) quomodò *Accursius, & Antiquiores* legisse videtur, legamus, unde posset quibusdam videri assentiendum *Fabro* hic *n.* 5. Attamen cum in adversū faciat primò, quod insolens hæc loquendi forma Juris Consultis *oratione nova*, apud quos sicut, & apud bonos Authores in malam partem novas leges, novas Principum orationes, scriptum invenitur, & cum illas carpunt veluti injustas, aut exorbitantes. Secundò, quod de nova hujusmodi oratione nullo alio in loco mentio est; illa autem, de qua *Vlpianus* in hac eadem lege quoniàm jus vetus correxit nedum explicavit, nova dici potuisset; & tamen nunquàm nova ab eodem *Vlpiano* appellatur, licèt pluriès eam nominaverit, & sanè vel cum prima vice nominaret, novam appellasset, si voluisset.

5 Quartò retinendam particulam (*ex*) *in l.* 1. *D. de in litem jurando*, contrà quam *Faber* autumat hic *n.* 8. legendumque *non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultrà rei pretium* illud convincit, quod non contumacia ipsa in æstimationem venit, sed res, cujus æstimatio per contumaciam in condemnatione crescit, non quidèm quia res ipsa in judicium deducta pluris fiat, quod *Vlpianus* negat, sed quia æstimatur pluris; nèc contraria sunt non esse pluris, & æstimari pluris, quandò aperta, & prompta est causa, cur æstimetur pluris quod revera pluris nō est. Cætera ad hanc *l.* videas apud *Bachovium* ad *Treutlerum disp.* 21. *Thesi* 6. *vol.* 2.

6 Dehique in §. *Julius Longinus l. ex facto 43 D. de vulgari* neque verba illa (*utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit veniat, an verò pro ea, quam capit, trajecta esse*, ut *Cujacius* putabat in *prælectione*, de qua *Dion. Gothofredus* in notis ad *hunc* §. *Julius Longinus* testatur neque in sequentibus addendam negationem dicemus, legendùmque (*ita ut non augeatur*) ut *Faber* existimat *num.* 9. Non primum à *Cujacio* quia cum de admittendo ad substitutionem eum, qui hæres, portionem hæreditatis incapaci restituere fidem accommodaverat, tractetur, idem est dicere, *utrum veniat pro ea parte, quam capit, an pro ea, pro qua scriptus*

 est,

est, ut lectio *Cujaciana* habet, ac dicere, ut habet recepta, *utrum veniat pro ea parte, pro qua scriptus fuit, an verò prò ea, quam capit*; in utraque enim lectione minùs cæpisse, & in plùs scriptum esse eum qui ad substitutionē venit supponitur, & hinc quæritur, an pro parte, quam cæpit, an verò pro ea, qua scriptus est, admittendus sit; quinimmò cum sequentia ostendant, nihil cæpisse, quia scilicet vindicata à fisco hæreditaria portione, quàm incapaci se præstaturū scriptus hæres promisesat, supponitur; sequeretur verba illa (*quā capit*) impropriè dicta esse, & per ironiā. Unde quæstio in eo vertitur, an quia ex substitutione nihil cæperit ad substitutionem sit admittendus hæres ille, de quo agitur.

Non itèm secundum à *Fabro*; nam legendo *non augeatur ejus pars in substitutione*, planè ineptum *Paulum* reddemus, qui dum hæres pro ea parte, pro qua scriptus fuit, venit, & ultrà id, quod fisco præstare coactus fuit, aliquid aliud ex substitutione consequitur, non augeri illius partem dicit.

7 Sed varia circa jura explicata ad praxim poterunt in gratiam eorum, qui in foro versantur, adnotari. Et primò ad *l. quemadmodùm 29. §. si navis D. ad l. aquiliā* quod Pragmatici receptam lectionem, & *Accursij Glossam* sequuti; si fune rupto, aut cum à nullo regeretur Navis mea incurrisset in alterius navem, adversus me dominum navis incurrentis non esse dandam actionē uno ore fatentur, adjecta Regula, quod nauta, & ejus nomine navis dominus de casu fortuito non tenentur, de qua regula *Medices in tract. de casibus fortuitis p. 1. quæst. 16. num. 17. & Cavalc. decis. 26. par. 2. num. 57.*

Cæterùm si dāno, aut naufragio causā nautę, ipsi vel dominus dederint in culpa erunt adeoque reficere damnum tenebuntur, ut puta si ut solutionem vectigalium fraudarent; aut minuerent, vel aliquo alio fine Portum ingredi distulissent, & exorta demùm tempestate naufragium fecerint, ut ex *Baldo cons. 395 num. 4. volum. 2. Jasone in l. 2. D. si quis caut. Stracca* notat *in tit. de nautis p. 3. n. 37.*

Porrò ad id, quod de fune ait hic *Faber n. 3* scilicet navis dominum teneri, & in culpa esse, qui prævidere potuit, & debuit quod si non bonis funibus instructa esset navis sua facilè in aliam navim incurrere, damnūmque afferre illi posset, quod ineptum visum *Bachovio*; quoniam ut diximus ventorum vis, & funes fortissimos rumpere soleat *Pragmatici*, veluti rectè admonitum recipiunt, & teneri dominum bonis funibus, ac diligentèr navim instruere idve, si non fecerit in culpa esse concludunt ex *Alberico de Rosate, & alijs*, apud *R. Consil. Rocc. in notabilibus de navibus, & Naulo n. 187. not. 69.* quod si fecisset, & prudenter se gessisset, & tamen ventorū vis omnem superaverit industriam tùnc non esse, quid ei, aut nautis possit imputari, advertit idem *Consil. Rocchus cons. 36. n. 5.*

8 Denique si navis incurrens, non ipsa damnum dederit alterius navi, sed illius funes ruperit, unde illa in cursum acta, tandèm naufragium fecerit, an dominus navis incurrentis teneatur, optimè disputatum videbis apud *Gamam decis. Lusit. 96.* qui tandem pro negativa concludit, sed quid si funem alterius navis, non casu nautę navis meę, sed data opera incidissent, ad hoc scilicet, ut se salvarent? & quia juxta ex causa inciderunt non teneri incidentes decisum refert idem *Cōsil. Rocchus d. responso 36.* sed videndus quoque, & *Capycius Latro dec. 60. p. 1.*

9 Secundò ex *l. si quis cum 39. D. de cond. indebiti* post *Bartolum, Baldum, & Jasonem*, Regulam statuunt *Interpretes*, qua volunt eum, qui solvit cautione debita omissa succurrendum fore per indebiti cōdictionem, quod ampliant etiam in eo, qui prudens, scientque illam omiserit, nam & hunc posse cautionē exigere dicunt, & si solverit scientèr saltèm per condictionem sine causa post *Emanuelem de claris aquis singul. 195.* hinc passim scribunt, quod omninò debitori solventi faciendaerit quictatio, eaque redigenda in Instrumentum, ut solvisse appareat. Cæterùm si de eadem summa soluta duplex quietatio appareat facta: bis solutum debitum videbitur, ideòque pro secunda solutione indebiti agi posse *Romanus voluit singul. 553.*

10 Hujus etiam occasione tractant Nostri de hærede, qui legatarijs solvit, cum posteà Creditores adesse apparuerit, & an à legatarijs possit, quod eis solutum fuit veluti indebitum, avocari à creditoribus personali actione, & distinguere visum plerisq; est inter hæredem qui solvendo, & eum qui solvendo non est, ut primo casu negetur, secundo concedatur Creditori repetere quod solutum cum *Præsidente de Franchis decis. 246.* Tertio ad *§. si nurus l. cum hic status 33. D. de donat. inter virum, & uxor.* adnotari vulgò solet ab Interpretibus, quod donatio à nuru facta socero, cēsetur denuò post soceri mortem facta marito, si is patri suo olim donatario successerit, ut post *Baldum* latè explicat *Mozzius in tract. de cōtract. tit. de donat. rubr. quomodo annulletur ver. Capio septimam*, & hinc inter *Pragmaticos* variè disseritur de conjecturis, ex quibus facta donatio cum *Menochio de præsumpt. lib. 1. q. 36. nu. 7.* & ex quibus annullata præsumatur cum eodem *lib. 3. præsump. 12. & præsumpt. 71.* illud tamen habendum generaliter pro Regula est quod inter personas prohibitas, ut conjuges sunt donatio non præsumitur *Ozascbus dec. 132. n. 14.*

11 Quat-

11 Quarto ad tex. in *l.1.D.de in litem jurando* fatentur ex contumacia, rei pretium augeri, ideòque tractant plutibus de effectu contumaciæ: habent tamèn tanquam certum quod coutumacia principalis fidejussori minimè obest, de quo ultra *Bartolum, Baldum, Jasonem*, quidam plura adnotavit ad tractatum *de eo, quod interest n.*191.

12 Et denique circà materiam *l. ex facto* 43. §. *Julius Longinus* adnotant etiam, quod is à quo, tanquàm ab indigno ablata fuit hæreditas adhùc admitti poterit ex substitutione facta per verba, *quisquis mihi heres erit*, nam ità post *Bartolum, Baldum, & Jasonem* docuère *Menochius de adipiscenda possessione remed.4.quæst..36.num.*305. & cum pro certo habeant, quod (uti in hac *l.* dispositum est) accommodans tacitam fidem de restituendo incapaci privatur hæreditate, quam Fiscus sibi vindicat, attamèn si palam eum, quem incapacem esse constabat, instituerus sit, eique substiturus datus; dicunt nec Fisco locus, nec proximioribus ab in testato venientibus, vide *Franc. Marcum quæst.*250. *Gomez. Leo decis.* 68. *in decis.divers.tom.*2. Quod autem dictum est de eo, qui tacitè fidem accommodaverat An procedat in filio, anceps est, sed adeunda *dec.*1. *Rota Avenionēsis*. Sicut in materia eorū, à quibus tanquàm ab indignis Fiscus vindicat hæreditatem, Videndi *Peregr. in tract. de jure fisci lib.*2. *tit.*11. *& Boerius*, qui in *decis.* 25. notat, quod fiscus tanquam ab indigno auferens, excludat agnatum in ulteriori gradu positum, non item existentem in eodem gradu cum indigno. Cæterum apud omnes in confesso est, quod indignus, Si hæreditas ab eo non auferatur eam usucapit ex doctrina *Bartoli in l.* 4. *D. pro harede*, qui & illud addit *in l.*14.*nu.*10. quod transactarius fisci succedens in locum indigni legara præstabit, licet fiscus non præstaturus fuisset idem *Bartolus in l.*5.*D.de his, qua ut indignis.*

CAPVT XVIII.

De alijs emendationibus Fabri.

SVMMARIVM.

1 *Faber emendat, sed malè l.filiusfamilias §. quod ergo D. de leg.*2.
2 *Item l.si quid §. item D.de hered. instit.*
3 *Item l.si servus §. penult.D.de leg.*1.
4 *Item l. cum centum D.de adim.leg.*
5 *Item l.*1.*D.de divers.præscript.*
6 *Item l.solidum* 85. *D.de solut.*
7 *Verba qua non valent, ut directa obliquantur.*
8 *Heres tenetur habere ratum factum defuncti, sed quatenus ad eum pervenit.*
9 *Heredi præscribitur tempus ad adeundum.*
10 *Quandoque unus gravatur, & alter convenitur.*
11 *De eadem summa bis relicta.*
12 *Tempus non currit legitimè impeditis.*
13 *Et quid in discussione nullitatum.*
14 *Minus solvit, qui tardè solvit.*

1 Faber persistens in priori proposito alias emendationes hic attulit.

Primò in *l.filiusfamilias* 114.§.*quid ergo D. de leg.*1. ubi scriptum *valere fideicommissum, atque si de hareditate sua restituenda rogatus esset*, reponit (*restituenda rogasset*) ut sit sensus in ea specie, inqua hæres proponebatur quartam partem hærediraris propriæ rogatū à testatore restituere, teneri eum ad id exequendum, ac si testator hæreditatis suæ restitutionem pro quarta parte rogasset; sed quāquàm levis emendatio sit, revera necessaria non est, ut vel ex eo convincitur, quod idem *Faber* protulit *num.*2. Cæterum partem illam, in qua hæres fuit institutus hæreditas sua etiam rectè dicetur, quia ad se spectans & quia sua effecta destinatione quanquàm testatoris hæreditas fuit, At si quis alia ad hanc rem velit, adeat *Osualdum in notatis ad Donellum lib.*7. *comment.c.*17.

2 Secundò in *l.si quis instituatur* 22.§. *item si conditioni D.de hared.instituendis* nulla *Fabri* opera opus erat, quamvis enim in *Florentinis* ob reduplicatam literam *P. Procuratores* mēdosè legeretur à Vulgatis tñ, & Manuscriptis omnibus mendum aberat, unde constanter in illis legitur (*Curatores*) quod nedùm ex Juribus, quę *Accursius* allegat, ut *Faber* scribit *n.*5. elicitur, sed ex ipsissimis ejusdem Glossatoris verbis, sicut ex Commentarijs *Bartoli*, & sequacium palam omnibus fit.

3 Tertiò in *l.si servus* 108.§.*penultimo D. de leg.*1. nihil esse mutandum, illud convincit, quod si in his verbis (*parùm quidem apte scribi*) legas (*parùm quidem apertè scribi*) deteriorem lectionem efficies, & quæ statim demendacio convincatur: cui enim obviumnō est, ibidem proponi testarorem apertissimè scripsisse se velle, vt Titius centum acciperet, & aliquid Sempronio præstaret, aut servum manumitteret, idve adeo verum, ut nec locus sit conjecturis, neque controversiæ de scripto, & senrentia, & sanè *Africanus*, in proposita specie non disputat; sed tractat, tanquam de re certa, & incontroversa, & quid circa illam advertendum sit exponit, & signanter quod, & parùm aptè scripsisset voluntatem suam testator; quoniàm cum heredem

obstringere vellet, alium ab eo diversum rogavit, & eum ab utroque fideicommissum vellet relinquere, scilicet tàm ab hærede, quã à fideicommissatio, omissa hæredis persona quam primò gravasse oportebat, nimis properè ad gravandum fideicommissarium descendit; sed hoc non est parùm apertè voluntatem exprimere, sed parum aptè.

4 Quartò in *l.cum centum 9. D.de adim. leg.* videndum est, an qui summam unam legavit, si similem, aut majorem, vel minorem iterùm leget, quasi aliam leget, an quasi eandem, & si constet legasse quasi aliam tunc, & hæc secunda summa debebitur: Quare, rectè scriptum est ab *Vlpiano si in eodem testamento, in quo centum ascripserat, postea quinquaginta reliquerit si quonia alia voluit esse hac quinquaginta* (scilicet si voluit hanc summam aliam, & diversam esse à prima, & ultra primam, & proinde ipsius sumæ legatũ aliud à primo legato) *cẽtũ quinquaginta debebuntur* (sin verò sequitur Ulpianus) *quinquaginta tantùm debere voluit* (idest si non aliam summam legavit, sed primam diminutam in medietate) *quinquaginta tantum debebuntur*, hæc autem cum perspicua sint, & distinctè explicata in recepta lectione opus *Fabriana* emendatione non erit, quamvis recipienda visa fuerit *Dion.Gothofr.* in notis.

5 Quintò in *l.1.vers.plane D.de diver. & tẽp. prascript.* negationem adjungere opus non est; quoniàm rectissimè constat de sensu Juris Consulti loquentis de eo, qui & si impeditus valetudine, mandare tamèn potest, nam dandi liberam facultatem, & commoditatem retinet, nèc morbo adeò opprimitur, ut nèc id facere valeat, ut de his, qui sontico morbo laborant, advertit *Dion. Gothofr. ex l.60. D.de re judic.* hinc ait J.C. quod hic in ea causa est, ut experiendi habeat potestatem: & ratio sumitur ex eo quod ille tantum non habet experiundi potestatem, qui adeò impeditus est, ut nèc possit mandare, & quanquam si eum *Fabro* legas negatione addita, id ipsum asseverabis, attamen quoniàm minùs commodè id facies; & quia urget fides lectionis receptæ ut possit mandare, experiundi facultatem is habet.

6 Denique in *l.solidum 85. D. de solut.* ubi scriptum est, *solidum non solvitur non minus quantitate quàm die* si rescribas *non minus die, quàm quantitate*, quoniàm minùs dubitatur de quantitate, quam de die, parum contendã, modò fatearis emendationem non tàm *Petri Fabri*, aut *Antonij Fabri*, quàm Græcorum esse in quorum *Basilicis lib.26.tit.5.c.52.* quãtitatis mentio, diei mentioni præponitur ibi, (*non solùm in quantitate, sed etiam in die imperfecta solutio est,*) & fatearis etiam *Florentinam* receptam lectionem aliquid ampliùs elegantiæ, & acuminis habere.

7 Ad hæc autem responsa, de quibus inter Nos, & *Fabrum* altercatio est pro lectione recepta, *Interpretes, & Pragmatici* nihil de hujusmodi argutijs solliciti, pleraque adnotare solent, & primò ad materiam *l. filiusfamil. 117.§.at quis heredem* communitèr concludunt, ad aliquem hæredem instituẽdum nullo modo qoem cogi posse: idve passim pro Regula tradunt quod ex sexcentis juribus probant, deducunt quoq; ex hac eadem lege cum *Bartolo, Baldo in l.verbis civilibus D.de vulgari, & pupill.* vulgare illud Brocardicũ quod verba directa cum nullo jure, ut directa subsistere possunt obliquantur, ut fatentur *Petrus Gregorius sintagmatum 42.cap.34.nu. 51. Grassus recept.sent.q.4.n.5.& in §.fideicom.q.4. n.14. Federicus de Senis cons.94. Simon de Petris de interp.ult.volunt.lib.3.fol.4.* quod præcipuè servandum in fideicommissis constat ex libris commun. opin. in ver.*fideicomm. n.47.*

8 Ab illa autem ratione, quam affert in fine §. J. Consultus (*catenus restituenda est, quatenus hereditate testatoris potitur*, deducunt Nostri, quod hæres licèt cum sollemni inventario tenetur habere ratum factum defuncti, ac exequi quod testator josserat, quatenùs tamèn ad eum ex hæreditate perventum est, ut *Pinellus* explicat in *l.1.p.3.n.81. C. de bonis maternis, Francus* cum suis Addentibus *dec. 153.n.16.& dec.355. Rota Romana*, & cum ea *Gratianus disceptationum cap.511.num.29. & Consil. Staybanus resol.29. à nu.52.* Quod tamèn limitandũ erit quotiès aut aliquod date, quod jure dari, aut alicui dare, cui dari jure, improbatum est, testator jossisset, ut notabilitèr advertit ex *Peregrino de fideicõmiss.art.36 num.85. Cravetta cons.206. n.5.* idem *Stayb. resol.99.num.23.*

9 Ad tex. verò in *l.si quis restituatur 23.§. itẽ si conditioni D.de hæred.inst. Pragmatici*, qoi vulgatam lectionem, & *Accursij* glossemmata sequuntur, à quo suam emendationem motuarum *Fabrum* monuimus, tanquàm certũ habent, quod pendente conditione, sub qua hæres institutus fuit, possit Judex urgentibus Creditoribus tempus constituere, intrà quod, nisi hæreditari se immisceat, aut eam adeat qui institutus bona defuncti possidẽda tradat, aut interim Curatorẽ det, ut explicant *Bartolus, Aret. & Baldus, alijque Repetentes*, itẽ Consulentes cum *Bartolo cons.410.* Tractantes cum *Montano de jure tutelarum c.33. n.110.& cap.38.n.56.& seq. Blanco de compromissis q.33.* & denique Pragmatici cum *Cotero de processu exequutivo par.1.cap.3. n.398. & sequentibus.*

10 Ad *l.si servus 111. §. qui Margaritam vers. nam cum in testamento ita scribitur D. de leg.1.* minùs aptè scripta benigna interpretatione

sup-

supplenda volunt Nostri omnes. Et cum *Baldo* ibidē, & *ad l.1.C.ut actio ab harede*, *& in Anten.si quando C.de consil.pecun.* formât Regulam illam, quod impersonalitèr gravamen impositum semper ad hæredem dirigitur, & plerumque evenit quod unus gravatur, alter verò conveniatur; hinc varia latè disserunt de voluntate testatorum interpretanda, de aptitudine, & ineptitudine verborum, & similibus, de quibus *Preta*, *Mantica*, *Menochius*, & alij passim.

11 Ad tex. in *l.cum centum 9.D de adim.leg.* communitèr concludunt cum *Bartolo*, *Paulo de Castro*, *& Baldo* ad *l.planè §.1.D.de leg.1.* post *Ludovicum commun.concl.24.n.64.* quod quantitas licet in eodem testamento bis relicta, bis erit præstanda, nisi constet animo adimendi primum legatum testatorem fecisse secundum, quod non idem erit, si corpus fuisset legatum; nàm semèl præstandum corpus legatum volunt, nisi ex diversis testamentis peteretur ad *l.planè 34. §.1.D.de leg.1.* quod si quis in testamento legavit quantitatem, & in Codicillis deinde eandem legasset, utramque deberi, nisi contrarium probetur asserunt plerique, ex tex. in *l.quingenta 12. D.de probat.*

Sed quid dicendum in actibus intèr vivos, quotiès scilicet ab uno eadem quantitas ipsismet personis bis promissa in eadem, vel in pluribus scripturis invenitetur? Certè ad cōjecturas, & arbitrium recurrendum, suadet *Menochius de arbitr. lib.2. cent.3.casu 213.*

12 Circà *l.1.D.de divers.& temp.præscrip.* plura de legitimis impedimentis *Interpretes*, plura *Pragmatici* adnotant, differentes, an, & quando legitimè impeditis tempora legis aut hominis non currant post *Bartolum*, *Castrensem ad illam legem*, *& Baldum ad l.2. §.si quis in Iudicio D.si quis cautionibus*, *Cynum*, *& Salycetum ad l.1. C. de annalibus excep. Minsing. cent.3. obser.59. Franc. Migonum ad consuet. Andegavense fol.195. Gabr. Serainam ad Cōstitutiones Regni Siciliæ*; Disserunt etiam de impedimentis ab ipsomet Judice præstitis eā eodem Seraina loco citato, *Gilmanno in observationibus cameræ imperialis pract. cent. 1. obser.39.* & alijs cum quorum Vulgarium Interpretum dictis concordant, & coincidūt quæ *Cujacius* adnotavit *lib.2.obser.18.& Oldendorpius in tract.except.cap.35.*

13 *Neapolitani Forenses* tamen in hac materia dicere solent, cum Pragmaticam illam sanctionem nuper latam interpretantur, quæ nullitates propositas adversus decreta, & sētentias mandat intrà certum tempus discuti, quo elapso veluti rejectas habēdas vult, quod si tempus ex Judicis impedimento, aut alia juxta de causa effluxerit, succurrendum erit ei, qui nullitates proposuit, providendumq; ut non obstante lapsu temporis discutiantur; quod pluries admissum Scio.

14 Denique ex tex.in *l.solidum 85.D. de solutionibus* Brocardicum illud eliciunt vulgò, quod qui tardiùs dat, minùs dat; ideoque notant *Castrensis*, *& Baldus* tum hic, tum ad *l.minùs D. de verborum oblig.* quod qui tempore statuto non solvit, debitor efficitur sortis principalis, ac etiam interesse; ideoque nisi, & hunc interesse postea solverit, minus solvisse dicetur, quia & si integram sortem solvit, tardè solvit.



CAPVT XIX.

Disseritur de Triboniani additionibus ad quædam Digestorum loca.

SVMMARIVM.

1 *Quid de Triboniano sentiendum.*
2 *Nil addidit in l.si cum dotem 22.§. si maritus D.sol.matr.*
3 *Neque in §. an autem.*
4 *Nec in sequentibus.*
5 *Quædam apposuit in §.sin autem in furore, sed rectè.*
6 *Nil mutavit in l. in tempus 62.*
7 *Nec in l. si quis priore D. ad Trebellianum.*
8 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
9 *Plures sunt furoris species.*

1 EX hoc capite, quod hactenus non fecerat apertum bellum cœpit indicere adversus *Tribonianum Faber*, illudque perpetuò deindè gessit, nedum in sequentibus conjecturarum libris, sed & in alijs suis scriptis, ut cuique notissimum est. Cæterùm Ego, qui pluries ad *Tribon.* defensionem descendam, præfari cogor, scire me hominem fuisse *Tribon.* adeòque errare potuisse, plerumq; etiam errasse; verùm scire hominem fuisse apprimè doctum, & ingenio mirabili, ad miraculum usque præditum, vel ipsius Suidæ *Grammatici* scilicet illi inimicissimi, & malevoli, judicio. Hinc sequitur, quòd non ideo quod *Tribonianus* (usus à *Iustiniano* sibi data potestate, & proùt necessitas operis injuncti urgebat) quædam in Juris Consultorum responsis mutaverit, transposuerit, interpolaverit, statim errasse cum dicere debeamus, ac Responsa depravasse, Juris prudentiam ipsam pessundasse, ac funditùs evertisse, & similia credere; sed ingenuè pacatè, & attentè quod ille

ille fecerit penſitabimus; & judicabimus deinde benè an malè egerit, ſententiam non niſi cognita cauſa proferẽdo. Illud ante õnia prę oculis habito, quod ab homine Gręco, factũ & eo in ſeculo nato, in quo (translato in Bizantium Imperio Romano) nedùm latini ſermonis elegantia labefactata, verũ, & formularũ, ſollemniumq; verborum obſervantia in totũ ceciderat, & moribus cum religione mutatis judiciorum forma, & Tribunaliũ praxis diverſimodè, & longè diſſita ab antiquis inſtituta fuerãt; hinc puritas latinę linguę, ſuperſtitioſa omnium antiquorum rituum obſervantia exigenda non erit, quanquam quod hæc omnia ab ipſo *Tribon.* neglecta potiùs, quàm ignorata fuerint, ſatis, ſuperque ex ſuo Juris opere intelligimus, in quo ſanè nil, quod non ſaltèm magnam ingenij vim, tenacemque memoriam non probet, invenire eſt; quis enim tot millia volumina legere, confuſa ſeligere, jus vetus ad novũ trahere, & accõmodare potuerat, & ordine tàm accurato, ut à *Cujacio* alijſq; melioribus optimus cõſiteri meruerit, & à *Jacobo Gothofredo* in manuale Juris à *Giſanio* in œconomia Pandectarum, atque à pleriſque alijs talis oſtendi; idque integrè in tàm brevi temporis ſpatio, ab ipſo *Tribonian.* & ſocijs effectum, quantum vix Pandectis ab illis conſarcinatis legendis, ſatis eſſe cuique diligenti homini potuiſſet. Sed ad *Fabri* conjecta deveniamus.

2 Is primò aſſeverat ea omnia, quæ extant in *l. ſi cum dotem* 22. *D. ſolut. matrim.* à §. *ſi maritus* uſque ad §. *item Triboniani* eſſe, non *Vlpiani*, ſed tamen vel ſtylus ipſe autorem ſuum prodit, & *Vlpiano* ſe vindicat, & rurſus dum quod ſcriptum eſt in citato §. ijſdem ferè verbis, ex eodem *Vlpiano* extat *in l. Julianus* 4. *D. de divortijs*, oportebit ut niſi & illã legẽ (quod nemo unquàm dixit) dicamus etiã à *Triboniano* confictam, hunc §. nequaquam interpolatum affirmemus ſanè qui pro arbitrio aſſeverabit utrumque à *Triboniano* factũ is oportet, ut rationem afferat cur fecerit?

3 Porrò quæ ſcripta in §. an autem ibi (*quid enim tam humanum eſt quam fortuitis caſibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem eſſe*) continent ſententiam *Vlpiano* digniſſimam, & Juris Conſultis frequentiſſimam, ut videre eſt in *l. 1. D. de ritu nuptiarum, & in l. 1. D. de actione rerum amotarum*; quod ſi illius *Tribonianus* Author fuit certè laudem potius, quam vituperationẽ mereretur, nam ſaperet illa veterem, & reconditam eruditionẽ cum inter priſcas *Romuli* leges illa fuerit qua jubebatur mulierem Viro legitimè conjunctam fortunarum omnium ſicut, & Sacrorum ſociam illi ſoturam, quam legem ex *Dion. Alicarnaſſeo*, & alijs explicant *Balduinus* ad leges *Romuli*, *Coſtanus de matrim.* & *Jacobus Gutterius de veteri Jure Pontificio lib. 2. c. 7.*

4 At quod ſequitur *in §. ſin autem tantus furor Vlpiani* eſſe, non *Triboniani* convincitur, primò ex illa loquendi formula: *Nuncium mittere*; quæ ſicut *Vlpiani*, & Juris Conſultorum temporibus uſitata ita *Triboniani* ęvo abolita, undè nulla *Tribon.* neceſſitas, ea uti, genium nullum hujuſmodi antiquitates affectandi. Convincirur ſecundo id ipſum ex *l. 4. de diverſ. l. dotis* §. *quid ergo D. de jure dotium ex l. in eo* 45. §. *hoc caput D. de ritu nuptiarum*, nam in his juribus, & ſimilibus eadem extat loqnendi formula. Tertiò, & hoe demonſtrat altera illa clauſula (*ut nullius culpa videatur eſſe matrimonium diſſolutum, neque in damnum alterutra pars incidat*) nàm clauſula illa oſtenditur curare *Vlp.* ne locus fieret judicio illi de moribus ſuo tempore uigenti in quo permittebàtur retentiones morũ cauſa, ut videre eſt apud eundem *Vlp. in frag. tit. 6. de dotibus* §. 8. & in veſtigijs quæ remanſère in varijs *Digeſtorũ* locis, præſertim apud *Paulum in l. illud* 5. *D. de pactis dotalibus* hoc autem judicium, cum jam ſublatum *Tribon.* voluiſſet in *l. jubemus* 11. *C. de pactis dotalibus* & in *l. unica* §. *ſileat C. de re Vxoria actione*, non ei opus erat illud vitare in præcedentibus verbis.

5 Remanet itaqne ſuſpectus ſolus de *Tribonianea* additione §. *ſin autem in furore*, & quę in eo ſcripta ſunt ad §. *item pater furioſe* 9. Sed quanquam ad Soſpicionem hanc refellendã quædam poſſem adducere volo tamèn pro nunc coniecturam *Fabri* veluti certam veritatem admitrere, atque judicio aliorum doctiſſimorum virorum, præſertim *Dion. Goth.* me ſubijcere, Ar non video quare, ſequi debeat conſequentia illa: ergò mala ſunr ex antecedenti *Tribon.* ſunt: Nam quo ad hunc locum attinet de quo tractamus, vel ipſe *Faber ſub num.* 4. ſateri cogitur, diſtinctionem allatam hic non eſſe ſine ratione, Et in ea re de qua agebatur, certum, & ſpeciale jus cõſtitui non fuiſſe inutile. Quod ſi ità eſt, injurioſi ſunt, qui accuſant eum, qoi quod opus erat & feciſſe præſtitit fecit, eo magis quod non brevitèr, & quaſi extrà rem, ut malè judicat *Faber*. Sed ſumpta optima oecaſione ex his quæ *Vlpianus* tractabar in §. *item pater*, & dilucidè rectèque rem explieando, poſuit etiam ſuo loco; nam rubrica ipſa, Soluto matrimonio, quemadmodum dos petatur, & reſponſum *Vlpiani* in quo de diſſolutione tùm ob mortem, tum ob divorrium rractabatur, expoſcebant pro complemenro *Tribonianeam* diſquiſitionem, de furore, & de ſequuts ex hac cauſa mattimonij diſſolutione, ut ita ſub uno aſpectu doctrina omnis nobis proponeretur.

6 Nun-

6 Nunquàm tamèn concedam in Responso, quod extat *Modestini in l. in tempus 62.§.1. D.de hæred.inst.quicquam Tribon.* adjecisse, ut *Faber nu.5.* contendit, quippèquod exceptio illa (*nisi ex alijs apertissimis rationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit*) omninò adijci à J. Consulto debuerat, alioquin mancus, & mutilus fuisset, nam nunquàm Juris Consulti solent rem dubiam, & quæ ex facto pendeat adeò indistinctè, & generalitèr definite, ut nec locum probationibus ex facto deductis relinquant.

Cæterùm inepta est ratiocinatio illa *Fabri* (*non valet institutio, cum non apparet quis hæres sit institutus; nisi appareat*) quippèquod si appareat extrà quæstionis terminos sumus; oportebat, itaque cum Modestino sic rem definire: (*non valet institutio, quotiès non apparet quis sit hæres institutus excepto, si quamvis ex testamenti scriptura non appareret aliundè per probationes evidentissimas elici possit.*

7 Denique *in l. si quis priore 29. D.ad Trebell.* verba illa (*& hoc ita intelligendum est*) suspecta videri non debent, vel ex eo maximè quod in §. *sed si quis instit quibus modis testamenta infirmentur* eadem non legamus. nèc credibile est, quod si *Tribon.* exceptionem propositam adijcere ad Rescriptum voluisset, id ipsũ quoque in suis institutionibus facere omisisset: exceptio itaque non ex Rescripto est, sed ad Rescriptum adiecta à *Marciano*, ut nos edoceret, non adeò esse generalitèr verum, ac firmum, quod hæres in proposita specie in secundo testamento scriptus teneatur Primo restituere hæreditatem, ut omnis probatio in contrarium veniat excludenda; quid enim si expressum fuerit à testatore, se nolle primum testamentum valere, an non hoc casu indebitum quoque erit fideicommissum?

8 *Interpretes* autem, & *Pragmatici* plura quoque ad exornatum §. si maritus, & sequentium tractare solent, quorum quædam nos hic adnotasse sufficiet.

Et primò illud quod pro certo habent ad solos medicos pertinere judicium de insania, aut furore coniugis, aut infirmi; ideòq; eorum dictis standum esse volunt ex Regula *legis semèl C. de re militari*, & ex adductis à *Mascardo de probat. concl.* 1034. *num.* 10. *& à Rota in novissi. decis.* 107. *alijsque sequntis à Farinacio pract.crim.par.2. tomo 1.lib. 3. q. 94. num.* 42. & alibi ex dictis à nobis.

9 Insuper ijdem plures furoris species dignoscunt, & cum *Trib.* hic, furorem vehementem, & atrocem, à furore remisso, separant, & utriusque speciei distinctionem & signa petunt à *Paulo Zacchia rem hanc feliciter explicantem quæst. medico legali lib. 2. tit. 1. per totum*, ubi de dementia, & rationis læsione, & morbis cæteris, qui rationem læ-dunt luculentèr tractat, undè posteà cum Canonistis deducunt, an hodie furor, & quis nam furor possit esse causa repudij post *Covarruviam de Sponsalibus par.2. cap.7.§.fin. num.3. & Mozzium de contract.tit.de matrim.rubr.pro decl.septima num.67.*

Cæterùm fatentur communitèr omnes furorem, & dementiam ex verbis, & factis dignosci, ut dicebant *Jason, & Castrensis in l.idem Jul.§.constat D.de leg.1.& in l. quidam testam. D.de cond.inst. Aret. alijque in comment. inst. in §.furiosi instit.de curat. Grammat. decis.2. Zilettus in cons.ult.vol. & similes.* hinc quomodo ex factis, & verbis præsumptiones oriantur notat plura *Menoch. lib.2. de præsumpt.præsumpt.75.num. 57. & Mascardus de probat. concl.* 827. Sicut de signis dementiæ *Zacchia loco cit,quæst.3.*

Secundò ad sententiam illam (quid enim tàm humanum est, quàm fortuiti casus mulieris maritum, vel uxorem viri participes esse; solent *Pragmatici* cum *Hugolino* antiquo Glossatore Brocardicum illud passim jactare coniugum unum corpus, unamque animam esse, Unde debere esse participes casuum omnium fortuitorum, atque omnium periculorum ut participes bonorum omnium, ratiocinantur cum *Baldo* ad hanc §. *num.2. Tiraquello ad leges connub.1.num.3. Mozzio in tract.di contractibus tit.de matrim. Rubr. de naturalibus nu.6.& 7. Tholosano Sintag.juris lib.11.cap.3. Zasco lib.1.cons.5.num.60. Gaillo pract.obser.lib.2. obser.90. n.1.* apud quos etiã tractari solet, quatenus ob consortij societatem teneatur uxor sequi vel pati mariti vagabundi viam, de quo etiã videndus *Afflict. in comment.ad Cõstit.Regni in Proemio n.10.& seq.* Ad quæ adijciunt, & rectè *Bart.& Alex. in Comment.* ad hunc nostrum §. quod maritus tenetur uxorem furiosam à cujus toro se abstinet, nedum alere, sed ei medicamenta suis sumptibus adhibere, tum quia alimentorum nòmine, & medicamenta veniunt, ut notat latè *Garzias de expensis cap.5. & Mart. Colerus in tract. de alim. lib.2. cap. 1. & cap. 4.* quibus in locis intèr alimenta connumerant *potus, victus, vestes, lectos lignamina, aliaque quibus ignis pascitur, & medicamenta*; tum etiam quia nominatim ad medicamenta maritum teneri, sicut & ad alimenta Ratio convincit, de qua idem *Colerus lib.1.cap.10.*

Sed deveniamus ad rex. in *l.in tempus 62. §.quoties D.de hæred. inst.* nam exceptio, quæ ibi proponitur ad Regulam de institutione, *si non appareat quis fuerit hæres institutus*, idest nisi evidentissimis probationibus fuerit revelatum, de qua persona testator senserit communitèr à nostris laudatur, & in usu forensi recepitur ex *Accursij, Bartoli*, aliorumq; explicatione; & proinde quænam sint probatio-

tiones, quæve conjecturæ, & quæ testatoris verba, alioquin obscura, explicent, & exquirunt, & quomodo interpretanda fiot pluribus docent, præeunte Cardinali *Mantica in tract. de coniect. ult. vol. precipuè sub titulis collectis in lib. 3.*

Occasione autem hujus legis notant primò ex *Bart. ad l. 6. D. de rebus dubijs* institutionem continentem personam incertam aliquando valere posse, si scil. hujusmodi incertitudo veniet certificanda, ut ex aliquibus probationibus quandoque, & quandoque ex alia scriptura evenire potest, de qua specie tractat *Jul. Clarus in §. testamentum quæst.* 36. aut evenire ex relatione facta ad codicillum, de quo *Thomas Fanstus decis. can.* 43. quaoquàm de testamento facto per relatiooem ad schedulam magnæ inter nostros sint turbæ, ut videre est apud *Altogradum cons.* 50. *lib.* 1. *Ferrentillum ad Burattum decis.* 475. *Ciriacum contr.* 444. *& ab his citatos.*

Secondò adnotant, quod si noo appareat, de quo testator senserit, verùm ex testium depositione constatet instituisse eum Primò Titium, & posteà Sempronium, uterque ad hæreditatem admittetur ex sententia *Bartoli in l. 7. num. 7. D. sol. matrim.* sed alij reclamant, & ad evitandas hujusmodi incertitudines, atque fraudes, quæ exinde oriri possunt, passim ioculcant, quod hæres palàm, & nominatim institui debet juxtà terminos *l. consultissima §. per consultat. C. de testam. l. heredes palam D. de hæred. inst.* quòd tameo de hæredibus oniversalibus dictum volunt noo de particularibus cum *Guidone Papa q.* 459.

Ex his aotem incipit, & latè diffunditur quæstio illa apud Nostros, an institutio hæredis ad alterios interrogatiooem facta valida sit, nàm plerique affirmant *cum Glossa in l. jubemus vers. quemadmodum C. de testamentis, Claro in §. testamentum q.* 37. *num.* 2. *Marta de success. legali par.* 3. *quæst.* 12. *art.* 1. *num.* 4. *Grat. & Preta addictis a Cons. Staibano in observatis ad resolut.* 54. Alij verò negaot, quos sequitur idem *Staibanus d. resolut.* 54. *& resolut.* 68. Alij denique ut ad coocordiam hujusmodi sententias redoeant, solent ex facto conjecturas depromere ideòque disquirunt, & observant attentè, an articulatè testator loquutus sit, an in recto sensu, an verò iàm morbo oppressus, & semimortuus; Rursùs an interrogatio ex ipsus testatoris mandato præcesserit, & testator prius exquisiverit consilium, & quem hæredem instituere interrogaverit, deinde is qui cósulebator interrogaverit eundem testatorem, An vellet Titium hæredem instituere. His addont num facta fuerit à persona suspecta, & instituto hæredi affectu, aut sanguine conjuncta, & similia; atque ex his pro validitate, vel invaliditate respondeodum concluduntex *Gasparis Tesauri dictis l.* 16. *n.* 2. *q.* 99. *Martæ* ubi supra, *Carena pract. resolut. resol.* 3. *Theod. alleg.* 12. *& Staibani loco cit.*

Verùm enim verò mihi aliter, & magis distinctè in hac re procedendum esse videbatur. Et primò distinguerem testamentum nuncupativum à testameoto in scriptis confecto, ut innuere videtur ex *Joanne Andrea, & Baldo Capycius Latro consult.* 71. *num.* 36. (liceat per transennam articulo nô degustato, ut dicunt nostri, & aliud agens:) Et quidem cum in testamento nuncupativo non tàm facilè fraus committi possit; nàm palàm hæres prononciatur, adhùc si præcesserit ioterrogatio alicuius, testatorem alloquutom, & ab eo sciscitatum, an Titium instituere hæredem vellet, & fuerit à testatore affirmatum, dubitarem testamentum valere, & ad hanc rem expendendum textum in *l. Pamphilo* 39. *§. propositum D. de legatis* 3. Sed si essemus in testamento, quod in scriptis conficitur, quoniàm non palàm, & apertè hæredis institutio fit; nèc tàm facilè coostare posset, an interroganti testator assenserit, an verò restiterit, aliumque potius io scheda, aut scriptura nominaverit, noo facilè admitterem hæredis institutiooem ad alterius interrogationem factam, etiam si Notarius interrogasset testatorem, essetne scriptura illa suæ voluntatis elogium, & affirmasset testator; nam poterit de facili æquivocari, & scriptura tradita mutari cum altera.

Taodem ex tex. io *l. si quis priore* 29. *D. ad Trebell.* Axioma illod volgò circumfertur, qood quoties id quod coofirmatur, cófirmari non potest, aut noo valet, nisi confirmetur, agendum erit ex coofirmante, non etiam ex confirmato, qood dictum fundant in *l. asse toto D. de hæred. instit. in l. uni §. hinc igitur C. de instit. condit.* & explicant *Bart. Alex. & Vgon. in Aut. ex causa nu.* 138. *C. de lib. pret. & in l. & quia D. de jurisd. omnium Judic. itèm Glossa Felinus, & Panorm. ad capacram de off. deleg. & Decianus post Soccinum cons.* 65. *num.* 18. *lib.* 2. *& cons.* 2. *num.* 48.

Iosuper sumpta occasione ex suprapofito Axiomate in Foro sepè sæpiùs disputari solet, an rupto existente testamento, aut iovalido declarato, si legata io eo relicta, cooserveotur per clausulam codicillarem, an inquam, ex testamento petantur, an vero condictione ex lege, vel ab iotestato, sed ex voluotate testatoris. Et hinc inde plura more solito infatemont, præunte *Turretto de clausf. codicillari quæst.* 31. *affectu* 18. qui postquàm ad partes articulum disputando tractavit, tandem sub *num.* 45. ot noo otiosam disputationem ostendat, ait utilitatem ipsius in eo consistere, quod si ex testamento deberi legata fa-

ca-

temur, legatarij via exequutiva illa consequi poterunt, sunt enim non solum Juris Civilis dispositiones, sed statuta plurima quæ legatarijs viam exequutivam concedunt, ut monoere *Surdus conf.* 263. alijque; at si conditione ex lege petenda legata velimus, vel ex clausula codicillari, sed ab intestato, tunc nō exequutivè, sed ordinariè agendum esse indubitatum erit ex *Bart. doctrina in Aut. ex causa sub. n.* 21. ubi & *Salicetus nu.* 22. & Reliqui *C. de lib. pret.*

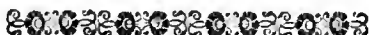
Sed mihi re attentiùs introspecta futilis quæstio, & inutilis tractatus semper visus est.

Equidem si ponas testamētum nullum esse ipso jure, quamquam legata sint præstanda, nullus disputandi locus erit; nam confitentur omnes, & cum ipsis idem *Turretta n.* 32. non posse de testamento tractari, eo quod nulla actio oriri potest ex actu nullo; quod existimatur ac si factum non esset, neque ut loquitur ipse *Turretta* de filio, idest de effecto agi poterit, cum patet idest testamentum nullum existit.

At si ponas testamentum non quidèm nullum ipso iure fuisse, sed validum, at posteà rescissum, verū ex eo legata præstanda, adhùc dicam parum referre, an ex testamento rescisso, vel ex clausula codicillari sivè ex voluntate defuncti ea petantur, contra quam ipse *Turrettus*, & eum sequuti opinentur. Etenim quo ad viam exequutivā ex dispositione statutorum pręstandam, an ea cōpetat, potiùs ipsa statuti verba pensitanda erunt, quam disputandum, an ex testamento agatur an vero ex codicillari clausula, nam esto quod ex testamento agi posset, esto quod agentibus ex testamento via exequutiva Statutum præstiterit, nihilominus disputādum erit videndūque an Statuti verba de testamēto loquentia, testamentū rescissum cōpræhendant nec nè, atq; ita ex verbis statuti earumq; interpretatione rem decidere; & quo ad viam exequutivam jure communi concessam adhùc inutilis quæstio: nam cum sint duo Nostrorum sententiæ, una quæ hanc viam concedit, altera, quę negat, si negativam sequaris quam novissimè ultra adductos à *Menochio de adipisc. remed.* 4. *n.* 694. firmant *Tomas. decis.* 49. *nn.* 5. *Rub. decis.* 168. *n.* 6. *& noster. doctiss. Reg. Merl. contr. cent.* 2. *cap.* 2. *n.* 11. certè denegabis viam exequutivam agenti ex testamento rescisso dum negas Agēti ex ritè rectèq; cōfecto, & valido existente. Si vero sententiam affirmativam sequaris, quæ de iure verior est, ut alibi probavimus, quam quę magis communiter Nostri sequuntur post *Mising. cent.* 5. *obser.* 61. *Colerum de proc. exequ. p.* 3. *cap.* 2. *n.* 29. *& Reg. de Marinis quotid.* 1. *cap.* 241. etiam quæ de testamento sollemni, & indubitato dicta sunt ad testamentum rescissum trahere non poteris, adeoque viam exequutivam prætendere.

Eo magis quia dum ot idem *Reg. Merlin. num.* 16. concludit, si hæres negat ad legatum præstandum teneri, redditque causam dubiam, & justam saltèm apparentèr litem inducit, tunc diffinitiva sententia omninò expectanda est, & si testamentum aliàs validū existat, quis non credat, aut quis dubitet, testamento rescisso, non aliquam ad futuram causam, ex qua hæres neget saltèm aparenter justè, se ad legati solutionem teneri? idque non opponat, ut ita in hoc casu agendum sit ordinariè.

Quod si quæras à me, admissa *Turretti* lōga disputatione quid sentiam, Respondeo, quod postquam quod *Justin.* induxit, deindè *Pragmatici* in infinitum protractum voluere, Rupto, & rescisso testamento legata debentur, maximè clausula Codicillari in eo existente; hæc legata ex testamento petenda erunt, tanquam illo in hac parte subsistente; & sicuti non obstat Regula, quod quis partim testatus, partim intestatus decedat, ut fatentur etiam Eruditiores cum *Conr Ritter. in comment. ad Novellas par.* 6. *cap.* 6. *num.* 33. dum rescisso testamento legata debentur, ita neq; obstabit quod idem testamentum partim validum, partim invalidum censeatur, partim rescissum partim integrum existimetur.



CAPUT XX.

Vera expositio, & lectio l. item quod Sabinus 17. §. ult. & l. ex uncijs 87. & l. ex facto D. de hæred. instituen.

SUMMARIUM.

1 *Hotomannus emendandus voluit tex. in l. item quod Sabinus.*
2 *Cujacius, & alij cum quibus Faber nequaquam.*
3 *Sed eorum explicatio cum Hotomani sententia coincidit.*
4 *Refellitur ab eis tradita expositio.*
5 *Verus intellectus, & explicatio hujus legis.*
6 *Explicatur l. ex uncijs D. de hæred. instituendis.*
7 *De sententia l. ex facto.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Plura ex Pragmaticis.*

Gg 1 Le-

1 EX *Vlpiano in l.itèm quod Sabinus* 17.§.*ult.*
*D.de hæred.inst.*legimus *quod si quis post-*
quàm dupondium distribuisset, tertium sine
parte instituerit,hic non in alium assem, sed in
trientem veniet. At hoc *Franc.Hotom.* men-
dosè scriptum visum est; ideòque mutatis
verbis (*in trientem*) reponendum voluit (*in*
triessem) in comment.*instit.lib.*2. §.*hæreditas*
*tit.de hæred.inst.& in obser.lib.*8.*cap.*2. cujus-
modi tamèn emendatio plerisque doctissimis
2 viris displicuit, præsertim *Iacobo Cujacio* cui
assentitur *Faber* hic, & tandèm *Bachovio* in
notis *ad Treutl.disp.*11.*Thesi*4. Cæterùm ip-
simet doctissimi viri,quanquam *Hotom.*emē-
dationem respuant, ita tamen receptam le-
ctionem interpretantur, ut in sententia ejus-
3 dem *Hotomani* reincidant; nàm cum velint
hunc tertium,expleto *dupondio*,hæredem scri-
ptum ad *trientem* totius hæreditatis admit-
tendum esse; iam fatentur, æquandum pri-
mis scriptis hæredibus, atque tantundrm
quantum unusquisq; illorum esse habiturum;
quid enim interest si hæreditatem valoris,ex.
gr.tercentum in asses tres dividas, atque tri-
bus hæredibus scriptis, unicuique ipsorum
assem unum assignes, an verò eadem hære-
ditate ad assem unum redacta, singulis ex
tribus hæredibus singulos trieotes dederis,
& sanè frustrà *Vlpianus*, *Labeo*, *Aristo*, &
Paulus fuissent solliciti, ne ad tertium as-
sem adveniretur, & ne tertius assis huic ter-
tio hæredi assignaretur, si trientem totius
hæreditatis ei dando,idipsum dedissent quod
tertium assem componeret.

4 Oportet itaque asserere longè aliam Juris
Consultorum mentem fuisse, quàm *Interpre-*
tes citati existimant, illosque dum tertium
assem denegarunt, trientem quoque totius
hæreditatis denegasse; nam alioquin ut dixi-
mus frustatoria fuisset sollicita ipsorum
provisio, & tertij assis ridicula denegatio,
quaodo trientem totius hæreditaris permit-
tebant;neq;rectè *Faber* ideò nō debère nos ad
tertium assem venire scribit sub *n.*2.quoniàm
eveniret, ut contrà mentem, & sententiam
testatoris tantumdrm haberet ille solus, qui
tertiò sine parte fuit iostitutus, quantum
primus, & secundus simul; non rectè quidem
meo iudicio, quoniàm si ad tertium assem
deveniremus, nō dupondium iàm factū divi-
deremus in partes æquales, & ex altera parte,
sive medietate illius, tertium assem confla-
remus, sed hæreditatem ipsam, quam in duas
partes secavimus, non ampliùs in duas, sed
in tres æquales partes secaremus,unde tertius
assis ex utroq; asse decideret æqualitèr, ut ità
quilibet ex trientibus,assis evaderet; & tres
trientes,tres asses fierent, hioc tertio trien-
te, tertio hærrdi assignato, hic non quantum
ambo primi hæredrs,sed quantum unusquisq:
eorum, habiturus fuisset.

5 Quod si quæras,& quisnam sensus illorum
verborum *ad trientem veniet*? respondeo fa-
teri me, ea verba obscura esse, sed credere Ju-
ris Consultos, huoc tertio loco sioe parte
scriptum hæredem, ad trientem, non totius
hæreditatis, atque totius dupoodii, sed se-
cundi assis admittere; itaut velint primo, &
secūdo loco institutis,assem unum, & uncias
octo relinquēdas, modo ut infra,reliquas vero
quatuor ex secundo asse decisas huic tertio
dandas; hac autem recepta ioterpretatione
sequetur, ut redacto dupondio ad assem,hæ-
redes primi, hæreditatis uncias decem, hic
tertius uncias duas, idest sextantem conse-
quātur;Ratio autē partitionis,& distributio-
nis erit ex ordine institutionis desumpta, qui
ordinē dilectionis,& voluntatis videtur indi-
casse, & proindè primus institutus suum as-
sem consequetur, io quo asse medietatem io-
tegram totius hæreditatis inveniet, Secun-
dus institutus duos trientes secundi assis cō-
flati ex reliqua medietate hæreditatis habe-
bit, scilicet huius secundi assis uncias octo,
adeòque integræ hæreditatis uncias quatuor.
Tertius denique vocatus trientem huius se-
cuodi assis habebit, atque ita hæreditatis un-
cias duas;Assis ergo cum hac proportione di-
videtur, ut primus semissem, secundus trien-
tem,tertius sextaotem obtineat.

6 Alia tamen, & diversa illa distributio est,
quæ fit in *l.ex uncijs* 87.*D.de hæred. instit.* Ex
eo enim, quod testator io illa specie in quot
unciis primum, & in quot uociis secundum
instituebat expressit, noo ex ordine scriptu-
ræ, & affectionis, neque ex coniecturis; sed
ex apertis verbis,ad divisionem *Hermogenia-*
nus venit, eo eoim ipso, quod iostituto pri-
mo in sex unciis, alium in octo instituit ad
Dupondium se transgredi velle testator iodi-
cavit, & ratio calculi maoudueit, unde con-
clusit, quod tertius institutus in residua par-
te,vel iostitutus nulla portionis facta mētio-
ne, sit institutus in decem reliquis dupondii
oncijs, atque ..! eas vocatus. Hac autē distri-
butione admissa,ex tota hæreditate quadran-
tem primò institutus, trientem secundus, &
uncias quinque tertius habebit; unde ioverso
ordine, qui primò nominatus est mioùs dile-
ctus secundo, & qui secundò minùs dilectus
tertio apparebit.

7 Sed descendamus ad *legem ex facto* 19. *D.*
eod.tit.de hæred.instit. in qua cum verba illa
secundum *Florentinam* lectionem (*an hic oc-*
cupare posset vacantem portionem) in proposi-
ta facti specie ad Sempronium referri,atque
de eo esse intelligenda iàm olim perspicuè
docuissent acutissimus *Goveanus variarū* 2.
*cap.*16. & *Nicolaus Bellonus suppur.*2. *cap.*18.
(quãquàm nèc ipsi primi; quoniam inter An-
tiquos quidam idipsum voluetant, ut iotel-
ligi-

ligimus ab *Accursij Glossa* in verf. *sed quidam* jam nullus erat locus *Fabrianæ* conjecturæ, nèc opus ut eadem quæ ab alijs tradita pro *Fabrianis* venderentur, egit tamen *Faber*, sed primò, ut arrepta occasione *Ant. August.* viri doctissimi emēdationem reprehēderet; deindè ut figmentum illud suum obtruderet quod scilicet in specie hujus legis Semptonius non ut substitutus, sed ut institutus censendus sit, sed quam male in utroque se habeat mox demonstrabo.

Et quod ad emendationem *Augustini* attinet, si illa recipiatur, elegantior species tractata, & magis perspicua reddetur. Etenim secundum receptam lectionem (*si mihi Sejus hæres non erit*) testator nō tā obscurè loquutus quā sibimetipsi adversatus, & apertissimè mētitus foret, nam fanè dum sciebat non instituisse *Sejum*, qua de causa postea ostenderet, se esse sollicitum, ne Sejus heres ei non foret? certè alterutrum dici oportebit, vel quod *Sejum* instituit dum ità loquutus fuit, sed verbis nequaquàm civilibus, & directis, & ut nostri loquuntur dispositivis, verùm obliquis & incongruis, at ita factam institutionem asserere absurdum est, & contrà Juris Regulas; Vel quod testator, & in serijs ludēs sub conditione omnindò futura; quoniàm nequaquàm *Sejum* hæredem scripserat, Sempronium instituere voluit; Utrumque autem incommodum *Augustini* emendatio aufert, quicquid *Cuiacius* primò, deindè *Faber* existiment; Nam detracta negatione si legas (*si mihi Sejus hæres erit, Sempronius heres esto*) poterit ad textum utraque expositio vetus scilicet, & recentior accommodari, & si *Augustinus*, quanquam perperàm id neget *Faber sub num.* 5. cum Neotericis potiùs quàm cum antiquis ratiocinaretur, dum emendabat. Et quidem admissa emendatione si cum *Accursio*, alijsque antiquis formabis quæstionē adhùc, & si non institutum *Sejum* fateatur *Ulpianus* ibi (*quem non instituerat*) poterit dici videri institutum ex illa conditione: *si Sejus heres erit* per subintellectionis modū: neque hæc subintellectio Pegaso indigna est, ut *Faber* existimat *num. 5. in fine*; quoniàm, & si verba non directa, & imperativa fuerint, attamèn in consequentiam necessariam videbantur institutionem præseferre; & quamvis Regula juris alitèr dictaret nō tamen res tam clara, ut dubitari, & proinde consuli J.C. non debuerint, ut evenit in similibus, cum dubitatum fuit, num institutio valuisset, ut in juribus à *Fabro* citatis, & in *l. Gallus* 29. §. *in omnibus D. de lib. & posth. in l. si quis cum* 16. §. *ultimo D. de vulg. & pupill. l. si quis sub conditione* 8. *D. si quis omissa causa testamenti*, in quibus omnibus deciditur, quod certum erat ex juris Regulis institutionem nonnisi verbis civilibus, & directis faciendam fuisse.

Quod si, & multò meliùs, de Sempronio dubitatum cum Neotericis fatearis, & in Semptonio substituto quæstionem ponendam esse contendas, multò elegantius species formabitur admissa correctione *Augustini*; nàm Sēpronio vacans portio data videbatur; quoniàm *Sejo* substitutus fuerat, si *Sejus* hæres fuisset, nèc fanè existente *Sejo* hærede poterit aliter ipse Sempronius hæres esse, & ad substitutionem admitti, nisi in portione vacante admitteretur, in eaque hæres foret.

Illud verò quod adversùs *Goveanum*, aliosque asseverat *Faber* hic scilicet in nostro textu *Sejum* institutum, non autèm substiturum fuisse, qua ratione fieri possit, si lectionem receptam retineamus non video; Nàm cum vulgaris substitutionis vulgatissima formula illa sit: *si Sejus hæres non erit, Sempronius hæres esto*, & hac constat testatorem usum fuisse, omnindò concludendum erit in casu nostro Sempronium substitutum vulgariter fuisse, non autèm institutum. At si detracta negatione cum *Ant. Augustino* legas (*si Sejus hæres erit, Sempronius hæres esto*) tùnc verum esse potest quod *Faber* contendit, institutum Semptonium fuisse non substitutum; nàm nunquam ei, qui hæres est, eo tunc quod hæres est substituitur; *Faber*, igitùr quam respuit emendationem per necessitatem amplectitur.

At quod ut diximus ex *Labeone*, *Ulpianus* Respondet in hac *l. item quod* 17. §. *quod si fin. D. de hered. inst. quod si quis dupondium distribuit, & tertium sine parte instituit, hic non in alium assem, sed in trientem veniet*, videntur ità intellexisse plerique ex vulgaribus *Interpretibus*, non obstante *Accursij* dilucida explicatione; ut nedùm à tertio asse tertiò institutum sed à triente quoque velint exclusū; arrepti occasionē ex regula illa, quam *Bartolus*, & ad eum Addentes notant, quod is, cui reliqua legantur, vel quoquo modo relinquuntur, dum nihil est reliquum, nihil accipiet. In eo autē, quod respondetur in *l. ex facto* 19. *D. eodem* concordant veteres omnes cum Neotericis, & fatentur verba enunciativa, & conditionalitèr prolata dispositionē non inducere, ut latiùs explicant idem *Bartolus hic*, *Oldradus cons.* 121. *Roman. cons.* 65. Quòd si verba per modum causæ fuerint prolata, aliter dicent, ut videre est apud *Parisium cons.* 20. *n.* 41. *lib.* 2. & *Albanum in additionibus ad Bartolum ad hunc tex.*

Pragmatici quoque consentientes in expositione horum jurium *Repetentibus*, & ex illorum explicatione sumpta occasione, solent, Primò controvertere si institutio foret facta in plurium persona, non adiectis partibus, essetque inter personas illas ratio aliqua discriminis, quomodò hæreditas erit dividenda

v.gr. foret institutus Titius, ejusve filij, aut Titius, ejusve fratres, Titius eum uxore, & similibus, & quanquàm plura in utranq; partem disputent, frequentiùs tamen receptum est, distinguendum ex persona testatorum, & institutorum. Undè si proponatur patrem testando suum filium, ejusve filios, nepotes scilicet suos instituisse, hos nepotes non cohęredes datos filio, sed substitutos fuisse interpretabimur cum *Julio Claro in §. testamentum q.80. Vivio commun.opin.concl.46.n.2. Boerio dec.185. Surdo dec.346.n.4.* Id quod, & in matre testatrice locum habere fatemur post *Decium, & Peregrinum de fideicomm.art.17.n.12. & Octau. dec.Pedem.18.* & tursus in patre qui non servato ordine, sed inverso se instituere Nepotes, & filium dixisset, ut *Soccinus Junior cons.71.n.41.lib.1. & idē Pegregrinus ubi supra n.13.* notatum reliquèrunt.

Cæterùm hoc quod dictum est, in legatis non habere locum advertit *Menochius lib.4. præsump.70.n.6. Intrigliol.de subst.cent.3.q.80 n.1.* nèc in filio naturali, & Nepotibus ex eo *Cornens cons.331.lib.3. Peregr.ubi suprà n.17.* & generalitèr quotiescunque necessitas instituendi nulla foret in testatore, quod largè exemplificat more suo *Fusar.de fideicom.subst. q.476.*

At si nō parentes, sed fratres fuerint qui à fratre testatore instituti proponerētur, illūq; vocaße fratres, eorumque liberos tunc hi omnes æqualitèr ad hæreditatem admittendos volunt cum Doctoribus supracitatis, & cum *Barzio dec.9.n.2.* videas tamen *Fusar. q.476. & seq.* ex quo plura ad hanc materiam.

Finis Quinti Libri. Laus Deo.



D. HIE-

D.

HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

PARS SECUNDA

SEQUENTES QUINQUE LIBROS COMPLECTENS.

DIVO
FRANCISCO BORGIÆ
E' GANDIÆ DUCIBUS,
HISPANIARVM MAGNATIBVS, &c.
SOCIETATIS IESV PRÆPOSITO GENERALI TERTIO.

D. HIERONYMVS BORGIA.

NON æstui dumtaxat humano, & affectui carnem tantummodò, & sangvinem consequenti tribuendum est, Vir sanctissime, ut non solum majori cum fiducia, & amabiliori veneratione, sed majori cum sanctimonia accedamus ad beatissimos, gloriosissimosque homines, quos nobis dum in terris erant, Patria, aut quid amplius, cognatio scilicet, & Familia conjunxit una. Siquidem vel à Natura ipsa nobis insitum est, ut cum aliquem è nobis, aut è Nostris Cœlo illatum, Deique amicum, & domesticum effectum intueamur, statim ac ad illum accedimus præcabundi, stimulari acerrimè ad pietatem, & virtutum facibus sentimus accendi, à viva enim voce cognati sanguinis experrecti, alacriter magis, & vigorosè semitas percurrimus salutis. Hinc ambitiosè, vel intempestivè actum quis judicabit me voluisse hos quinque sequentes Investigationum mearum Libros tuo nomine inscriptos in lucē prodire, atque tecum in eorum vestibulo loqui? Factum siquidem, & benè factum dignoscet ad hoc, ut dum memorem, & gratum (quæ mea est imbecillitas) erga tuam munificentiam me ostendo, eiusdem præstoler continuationem & opem, ideo dum fateor tibi & multa & maxima debere beneficia, & præsertim illud, quod cognomine, & fa-

& familia tua insignitus (& quid ni hoc magnifaciam, quod Progenitores mei è Tuis, militando Regibus Aragonensibus in hoc permansère Regno) effecisti ut & si opulentissimas divitias, Vasallorum dominium, Regnorum Gubernacula, Eminentissimas dignitates, & magnarum fortunarum momenta, quæ tu volens, & lubens posthabuisti, ego derelinquere non valuerim; saltem Magistratus conspicuos, quos vitæ tenor, Iurisprudentiæ, & forensis eloquentiæ studium non mediocre, & non ignotæ nobilitatis claritas, consecutione non difficiles reddiderant, & quandoque oblatos: modesto animo, & humili aufugerem, aut præter hominum existimationem patientissimè non assequerer. Præterea, quod tu divinitus etiam es operatus, ut inter beatos spiritus recepta Conjuge, nobilitate, pudicitia, & morum sanctimonia in primis dilectissima, atque recepta eo tempore (ut te procurante ita factum notesceret) quo festivitatis tuæ solemnia celebrabantur; illud vitæ genus eligerem, quod tù elegisti, atque peculiare tuum esse quoad viveres voluisti; Et quãquam non in ea Illustrissima Societate IESV, quam laudabiliter Rexisti, & gloriosè ampliasti, admissus; nam non eæ mihi fuère dotes egregiæ, neque scientia, & sanctitas, quæ in Socijs tuis ad utrumque illustrandum Orbem, sanctificandum, docendumque usquequaque clarescunt, sed potius ingravescens ætas, & morbis multiplicibus exposita, numerus filiorum, & rei denique familiaris urgens cura, quæ opprimerent, nedum obstarent, attamen valerem, & possem eadem munia, quæ D. Franciscus Borgia Gandiæ Dux Nepos tuus Secularis, & ipse Sacerdos exercuit, ad proximorum salutem obire. Dum inquam, hæc fateor, & in rei testimonium hos libellos tibi dicatos exhibeo, spero mihique spondeo fore ut tu mea cæpta perficias, meque eam in Regionem felicissimam, in qua Regnas, ut præsens grates referam, perducas.



D.HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER SEXTUS:



CAPUT I.

Plura de Legatis.

SUMMARIUM.

1 *De legatorum differentijs jam Plures egerant; unde Faber actum agit.*
2 *Ait duo non quatuor genera legatorum.*
3 *Sed refellitur.*
4 *Ostenditur differentia inter unum legati genus, & aliud.*
5 *Differentia quam Faber assignat inter legatum vindicationis, & damnationis.*
6 *In dubium revocatur illius explicatio.*
7 *Alteram differentiam assignat Faber.*
8 *Sed non rectè.*
9 *Rursus disputatur adversus eandem.*
10 *Descendendum erit ad emendationem tex.*
11 *Insignis Fabri error.*
12 *Responsum Celsi in l. qui duas. fuit à compilatoribus accomodatum ad Justiniani constitutionem.*
13 *Item Respõsum in l. planè 34. §. si in pupillari.*
14 *Hodie superest differentia non inter legatorum genera, sed inter coniunctiones.*
15 *Vulgares Interpretes dignoscunt quatuor genera legatorum.*
16 *Pragmatici quibuscumque verbis validè hodie legari volunt.*
17 *Mulier Neapolitana de dote prohibetur legare item, & fideicommittere.*
18 *Non licet legatario rem propria authoritate capere ob edictum pratoris, & qua ratione.*
19 *Sed hoc plures habet exceptiones que referuntur.*
20 *An legatarius viam exequutivam habeat Nostri distingunnt.*
21 *Expositio Novellæ de hered. & falcidia cap. 4.*
22 *Reijcitur Ant. Contij, & asseclarum opinio.*

1 QUatuor, quæ olim fuerāt legatorum genera, jām vulgò notissima sunt ex §. *sed olim instit. de leg.* Item quas habuerint formulas, & in quo unum genus ab altero differret explicatum latissime fuit à viris doctissimis *Jacobo Cujacio 3. sentent. Pauli tit. 6. ad l. 1. D. de legatis 1. Hugone, Donello 8. comment. cap. 3. Franc. Duar. ad tit. de leg. 1. in princ. Balduino, Hotomano, Vltejo,* alijsque *Neoterici, in comment. instit. in d. §. sed olim* post *Vlpianum. in Fragmentis tit. 24. §. legamus, Iulium,*

Paulum lib. 3. sent. 6. & Gajum 2. instit. tit. 5.

Putidum ergò erat pluribus de ijsdem scribere: at egit *Faber* hoc capite, ut actum ageret, aut potiùs actum pravis interpretationibus devastaret; præstat igitur quæ ille de suo attulit investigare, & refellere.

2 Sub numero primo non quatuor, sed duo olim fuisse legatorum genera scribit, nempè vindicationis, & damnationis; reliqua verò duo alia genera species potiùs fuisse sivè differentias, nam legatum perceptionis ad genus vindicationis, & legatum per sinendi modum ad genus damnationis pertinebant. Sed ita differendo, *Faber* tum *Justiniano* in dicto §. *sed olim*, tùm *Ulpiano*, & *Cajo* in locis supra citatis apertè adversatur; nàm hi disertè quatuor esse pronunciant genera legatorum, unumque ab altero distinguunt,

3 & sanè cum differentiam inter illa non aliud faciat, quam aut legandi formula, aut res legata, aut persona legatarij, necessariò sequitur ut legatum quod formula, aut personis, aut rebus distinguitur ab alio, novum genus diversumque ab illo constituat. Hinc cum legatũ perceptionis distinguatur apertissimè à vindicationis legato, cum formula, tum personis: nàm diversa sunt illa verba *do, lego, capito, vindicato, sumito* ab illis *è medio sumito, tibique habeto, percipito* siquidem prima cæteris omnibus, secunda solis hæredibus conveniunt; oportet asserere genus legati vindicationis diversum esse à genere perceptionis, & è contra, ut rectè *Osualdus* advertit in notatis ad *Donellum 8. comment. cap. 3.* Quod si observabis quoq; cum *D. Melchiore de Valentia in Illustr. tract. lib. 3. tract. quinto de legatis, & fideicommissis, &c. sive ad legem primam de legatis primo cap. ult. tractatu primo*, & ponderabis, quod perceptionis legatum non eodem jure, sed partim hæreditario, partim jure legari ab hærede capitur *l. Titia D. ad l. Falcid.* & similibus, dignosces, etiam ex hoc inter ipsum, & legatum vindicationis differentiam alteram; unde concludes, legatum perceptionis genus de per se constituere.

4 Insuper legatum per sinendi modum diversam quoque, & ipse formulam habet à legato damnationis; nàm verbum *Sinito* adiectum longè diversum constituit sermonem, quod facit ut, vel ipso *Fabro* fatente, res testatoris tantum, aut hæredis legato hoc sinendi modo relinqui potuerint; & ideo verbis quibus fiebat, & rebus de quibus fiebat legatum per sinendi modum diversum fuerit à legato damnationis, & novũ genus constitueret id autem si *Faber* advertisset cũ acutissimo *Donello* ubi suprà, & sinẽdi legatum, genus quoddam efficere mixtum vindicationis, & damnationis, certè conclusisset, ut *Osualdus* conclusit, diversum ab utroque genus quoddam constituere.

Rursus cum potuerint per sinendi modum legari res illæ, quæ in Jure consistunt, quod sanè per alia genera legatorum non poterant, ut *Paulus* docet in sententijs loco supracitato, dùm ad differentiam aliorum legatorum scribit, *sinendi modo tam corporales res, quàm quæ in Jure consistunt, legari possunt*, ex his etiam concludemus, genus diversum à cæteris sinendi modum constituere. Et quamvis sciam displicere *Iacobo Cujacio* hanc assertionẽ quod per solum hunc sinendi modum res quæ in jure consistebant legari poterant; ideoque è citato *Pauli* loco prima verba *sinendi modo* expungat; dicam tamen vel ei non adsentiendum, vel saltem, quod quamvis modis omnibus legari potuissent, ea, quæ in iure consistebant, aptiùs tamen ideoque frequentiùs per sinendi modum legata, unde hac formula proponi legatum, usum fructum *sinere frui fundo* videmus *in l. 2. D. de ann. leg.* & hac *sinere uti frui in l. duos 14.* & in *l. damnas esto 15. D. de usufr. leg.* itemque *in l. qui quatuor 30. §. qui orto D. de legat. 3.* ideoque etiam ex hoc asserere hoc legatum longè aliud à cæteris esse.

5 Progreditur *Faber*, & in quo differat legatũ vindicationis à legato damnationis proponit, aitque primò intèr cætera, in eo differre, quod ea quæ legata per vindicationẽ sunt adeò recta via à testatore in legatarium transibant, ut nullo expectato hæredis facto licitum legatario fuerit propria authoritate capere, quod nequaquàm in ea quæ legata per damnationem, fieri concedebatur, sed

6 per hæredis manus ea accipere oportebat; Verùm enim verò in his lapsum esse evidentissimè ostenditur; quippè & si certum quod dominium rerum per vindicationem legatarum recta via transibat in legatarium, ut ex pluribus iuris nostri locis constat, & aptè explicatur tum à *Valenza* ubi supra *nu. 3.* tum etiam à *Bacovio* in notis *ad Trentl. volum. 2. disput. 13. Thesi 7.* attamen non ideò Jus legatario propria authoritate res legatas, quanquàm per vindicationem, capere: ei obstante interdicto *quorum legatorum*. Nec in contrarium movet, quod ex *Cajo lib. 2. institut. tit. 3. §. vindicat.* scribitur: nàm primò non admodum his *Caij* fragmentis fidendum est; cùm nèc integra sint, nec autentica, & ut *Cujacius*, alijque doctissimi viri advertère, ab *Aniano* conficta, dum quod *Cajus* scripserat in Epitomen, nec undequaq; redegit. Secũdò, quia potest ità *Cajus* explicari, ut licitum legatario fuerit rem præsumere, si illam apud alium quàm apud hæredem invenerit, ut *Bachovio* visum *in Trentl. dicto volum. 2. disput. 12. de acquirenda hæredi-*

tate

tate Thesi prima vers. etiamsi. Cæterùm ut cumque res sit certè non poterit tam securè ex hoc uno *Gai* fragmento licentia legatario dari capiendi, quod *Faber* facit.

7 Sed ait deinde ille, quod legato vindicationis, si eadem res disjunctim duobus legabatur, eorum unicuique insolidum debebatur, adeò ut unusquisque solidam eam possset vindicare, nam solidam datam à principio unicuique à testatore verum erat, atque hoc esse, quod *Vlpianus* scribit in *fragm. dicto tit.* 24. §. 12. Sed quia adveniendo socius partem auferebat, ideò à Cajo dictum unumquemq; partem dũtaxàt sumere; At in legato damnationis non idem, nam eandem rẽ damnatus hæres duobus dare, uni illam alteri æstimationem dare oportebat, ut idem *Gajus* in fragm. adductis scribit apertis verbis.

8 Verùm in his quoque illud non placet, quod dum cum *Cajo* nititur conciliare *Vlpianum*, ambos malè habet, & utrique adversatur. Primò nàm etsi nùnc unum, nùnc alterum proferat, & hùc, illuc se distorqueat, dũ tamẽ non aliud concludit, quàm quod in legato vindicationis coniunctim facto unicuique solidum datum est; concursu tamèn partes fiunt, hoc disertè est contrà *Vlpiani* verba, quibus nedùm hæc duo solidum deberi, & partes concursu fieri distinguũtur, sed etiam velùti opposita assumuntur, ibi, *si duobus eadem res per vindicationem legata sit: siquidem disjunctim singulis insolidum debetur, si verò coniunctim, velut Titio, &c. Concursu partes fiebant.* Nam his constat, nedùm *Vlpianum* illud *solidum deberi* cum effectu accipere, & veluti contrarium opponere illi *partes fieri*; & ideò unum ab altero diversum facere, ut quo casu uni locus sit alteri locus esse non possit, quod cum ità sit, quis non videt, quàm apertè *Vlpiano Faber* adversetur, dum utrũq; in eodem casu admittit, & in eadẽ specie singulis deberi, quæ legata insolidum sũt, & cõcursu tandem partes fieri contendit, ita differentiam illam inter legatum factum conjunctim, & legatum factum disjunctim tàm disertè propositam à J.Consulto destruens.

9 Secundò si verum esset quod ipse *Faber* totiès jactat, scil. in proposita specie de vindicationis legato *singulis solidum deberi, singulos solidum vindicare posse*, utique non esset ad id descendendum, ut tandèm nonnisi partem quisque ex legatarijs sumat: ne in id, quod impossibile est, ut est cuique solidam eandem rem præstare coangustaretur hæres: Etenim potuisset nni res ipsa alteri verò ejusdem æstimatio præstari, nam aliàs semper quod Juris Consulti solidum deberi ex pluribus unicuiq; dicunt, aut integrum deberi volunt, & præstandum esse jubent, semper imponere necessitàtem intelligunt, ne quid impossibile voluisse videantur, ut uni res, alteri æstimatio præstetur; habeturq; ac si dixissent solidam rẽ uni, alteri in illius vicem æstimationem ipsius præstari oporteret, ut evidẽtissimè apparet ex dicto Caij loco, in quo postquàm in legatis per damnationẽ dixisset, quod integra ea debeãtur subjungit, *idest ut unus rem ipsam accipiat alius æstimationẽ rei ipsius in prætio ab hærede.* Qui ergo ut facit *Faber* in legato vindicationis de quo supra hoc non admittit, is neq; & illud priùs, quod cuiq; solidum debeatur ut admittat oportet. Cæterùm si non tàm *Vlpiani* verba, quàm rem ipsam, & juris rationem attendere velimus, falsum erit solidum in specie de qua disputamus cuique deberi; quanquam verum sit, solidum datum esse, nàm longè aliud in proposito dari est, quàm deberi; potuit siquidem à testatore unicuique ex pluribus solidum dari, sive legari potuit juberi singulis disjunctim, ut solidam rem sibi vindicarent, at quoniam id per rerum naturam impossibile est, & ad æstimationis remedium venire genus legati nos vetat: oportebit dicere, & si solidum datum non tamen solidum cuique debitũ, sed partes; atq;

10 ita descẽdere quod & *Faber* debuit in *Iacobi Cujacij* sententiã ejusve emendationi acquiescere, & ubi apud *Vlpianum* legimus *singulis insolidum debetur*, reponere *singulis partes debentur*, nàm partes, non solidum deberi, & *Cajus* ubi suprà, & *Paulus dicto tit.* 6. *lib.* 3. §. 3. & *Iustinianus etiam in l.unica §. ubi ad legatarij* 11. *C. de caducis tollendis* clamant. Quod si cui *Cujaciana* emendatio, tanquam quæ differentiam illam intèr coniunctim, & disjunctim legare destruit quæ videatur adesse, oportere, undequaque non satisfaciat, is cogitare de nova emendatione debebit, ut Nos egimus in *Suspicionum Libris*. Sed, an benè alij videbunt.

11 Insupèr notandus erit insignis *Fabri* error, quem admittit, dum ità in explicatione hujus differentiæ inter vindicationis, & damnationis legatum versatur ità Pandectarum Responsis utitur, ac si in his durasset adhùc legatorum differentia, & quatuor generum assignata distinctio, & quidem ea de causa repræhensioni subiacet, quoniam animadvertere debuit, quod & si in aliquibus Digestorum locis remansferint quædam formularum veterum, circa legatorum genera vestigia, ut observarunt Viri doctissimi, præcipuè *Barnabas, Brissonius lib.* 7. *de formulis*, sive illa bono animo à *Triboniano* relicta, ne antiquitatem omnem ignoraremus, ut & fecit in alijs tractatis; sive ideò remansa, quia impossibile fuerat, & in tàm brevi temporis spatio efficere, quod sibi ipsis Cumpilatores præfixerant, scil. omnia mutare, omnia invertere, omnia tam-

quã ex uno ote profecta accomodare, attamē nullus locus in Pādectis est, qui differentiam quam legatorum substantialem præterat, & ex quo aliquid certum elicere possimus de illis, etenim ad Constantis, & Constantij Rescriptum quod extat in *l. in legatis* 21. *C. de legatis*, quo formulæ legatorum sublatæ, & ad *Justiniani* Constitutionem, quæ extat in *l.* 1. *C. comm. de legatis*, qua diversitates omnes inter legatorũ genera penitùs æquatæ, ac eadem natura omnibus legatis data est; omnia Juris Consultorum Responsa, quorum collectio, præfatum Rescriptum, & *Iustinianeam* Cōstitutionē sequuta est, accōmodata sũt; ut certè debuerant ex præscripto in epist. de cōceptione Digestorum atque ad Imperialium placitum normam, & secundum illā reposita sũt in Digestorum libris, & si adhùc quædam in illis remansisse credat *Doctissimus Franc. Broeus in comment. instit. ad §. sed olim tit. de legatis*, & sit pro exemplo eius,

12 quod dicimus *Celsi* Responsum in *l. duos* 14. *D. de usufr. legato* est (hoc ipso abutitur *Faber*, adducitque illud veluti Cajo in his, quę de vindicatione legati dixerat concordans) In eo itaque Celsi Responso, dum legatum damnationis proponebatur, & disiunctim factum per hæc verba, *duos separatim uti frui finere damnatus hæres*, nil aliud quærendum fuerat, si Caij sententia attendebatur, & poterat securè pronunciari, quod cuiq; ex legatarijs illius partis, quam habere non poterat, quia alter ea fruebatur, erat æstimatio præstanda. Et tamèn quanquàm ità dicatur non dicitur id absolutè, sed quasi non certũ, sed ex conjecturata testatoris volūtate pendens, interposita clausula, *si testator utrumque solidum habere voluit*, qua sanè clausula generalem sententiam adeò restringit, ut id, quod ex natura legati præstandum veniebat si Cajum attendamus, nùnc apud Celsum veniat non ex ea, sed ex testatoris voluntate coniecturis elicita, id quod propriè illud est, quod *Iustinianus* sanxit in *l. unica §. ubi autem ver. hoc autem C. de caducis tollendis*: est igitur etiam apud Celsum nulla formularum cura relicta, & ex testatoris voluntate exquisitum est, quod ex solo legendi genere quo ille usus fuerat affirmandum erat, sanè si testatorum voluntas coniectanda, neç verba curanda apud Celsum parum de formulis legatorum sollicitos esse, parumque debemus curare, an per vindicationem an verò per damnationem legatum fuerit.

13 Patiter quoque ex *Iustiniani* sententia accommodatus est §. *sed si in pupillari*, *l. planè* 34. *D. de legatis primo*, etenim sive in eius specie per vindicationem, sive per damnationem legatum fuiße supponas, cum *Ulpianus* dixisset, *quòd si in pupillari testamento alij eamdem rem legaverit, quam mihi in suo testamento lēgavit: Iulianus scribit concursu partes nos habere* additum fuit, huic propositioni *interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit*, ut ita magis, ac magis nobis datetur intelligi, quod unicuique ex legatarijs nonnisi pars dāda est. Dedit autem Cōpilatoribus ansam id addendi quod ita *Ulpianus* loquebatur in hac secunda specie de legato disiunctim facto, ut quis ex eius verbis credere potuisset velle solidum legatum dandum utrique, aut saltèm ei, qui in primo testamento legatum acceperat, sed cum neq; hoc ultimum de mente *Iustiniani* esset, addiderunt Compilatores clausulam illam *interim* atque ità effecerunt ut etiam quando sub conditione secundo legatum datum est, adhùc quia datum, ex hoc primus partem tātùmmodo consequetur. Ex his autem constat eos qui in dicto §. legũt: *interim igitur totum habebit* non rectè sapere. Nam quanquàm ità dixisse *Ulpianus* potuit, iàm nùnc oppositũ disertis verbis in omnibus Codicibus legimus, quod si illi nō rectè, peßimè sanè legit *Faber*, qui *interim partem habebit* explicās de parte data secundo legatario, scil. de eo quod illi in secundis tabulis legatum fuerat, quando hoc datum non pars fuit, sed totum; ideoque interim primus totum non partem habiturum dicendum fuerat, cum non rectè dicatur interim partem habere eum, qui & propriam, & collegatarij etiam partem habet atque ita rorum habet: omisso quod ineptè proponeretur quæstio, an ei cui solidum legatum fuit, interim partē collegatarij habeat, quā esse partem ante conditionis evenrum noo dieimus, & potiùs ità proponenda erat quæstio an illud solidū habeat, quod legatum ei est quousque conditio adimpleatur? Cæterùm, ut jam diximus falsum est asserere, quod totum habebit primus legatarius, & quod partem socij interim obtineat; nàm *Iustinianus* voluit dumtaxàt ei partem esse dandam, & ad *Iustiniani* voluntatem *Ulpiani* verba efformata sunt, deoique non erit in proposita disputatione omittenda distinctio illa, quæ extat in *l. si pluribus* 33. *D. de leg. primo*; nàm illa appositè efformata à compilatoribus fuit ad hanc rem, de qua agimus, quod nemo negabit vel ex ipsius lectione.

14 Non nego tamèn adhùc hodie, & post *Iustinianum* distinguendum esse, oon Quidem inter legatorum genera, sed inter coniunctiones; nàm Quidam re tantùm, Quidam verbis tantùm, Quidam vero re, & verbis conjunguntur, & ex hujusmodi varijs modis plura, & distincta oascuntur, ut ex *l. re coniunct.* 89. *D. de legatis*, & ex *l. triplici* 142. *de verborũ signi-*

significatione, multò meliùs quàm *Faber* explicavère post antiquos *Gomezius Variarum* 1.*cap*.10.& intèr *Neotericos Goveanus de Iure accrescendi*, *Cujacius in d.l. triplici* 142. *& obser*.24.*cap*.34. *& in l*.66. *D.de hered.instit. Duarenus in Anniverſ. libris*, *Donellus* 7.*comment. cap*. 13. ubi *Osualdus* qui alios adducit.

15 Ad hæc sub *num*.17.scribit *Faber*, adhùc hodie legatum damnationis supeteſſe, & ipſius naturam cęteris communicatam fuiſſe, ità ut hodie legata omnia ſint ab hætede præſtanda, ideòque à *Triboniano* addita *Modeſtini* definitioni ultima illa verba *ab harede praſtanda in princ. inſtit.de legatis*. Sed hoc quoque nedum ex his quæ appoſitè objecit *Marcus Linklama membranarum* 3. *Ecloga* 2., ſed etiam ex eo non benè aſſeveratum oſtenditur, quod verba illa *ab harede praſtanda*, ſivè *Triboniani* ſint, ſive alterius *Juris Conſulti*, ſivè ipſius *Modeſtini* non tàm jus Novum, quàm jus ipſum Vetus, & quod ipſorum Juris Conſultorum tempore obtinebat perſtringunt; nam ut diximus etiam jure inſpectò ante *Iuſtinianum* obtinente, non licuit legatario propria autoritate rem præſumere, aut capere obſtante ad id propoſito interdictò *quorum legatorum*, in quo à Prætore, juſſum, *quod quis legatorum nomine, non ex voluntate haredis occupavit, id reſtituat haredi*, teſte *Vlpiano in l*.1.*D.quod.legatorum*, & ſanè interdictum illud cum generale fuerit, & indiſtinctam clauſulam continens, *quod quis legatorum nomine*, non potuit ut *Faber* credit, neſcio quibus motus, ad legatum vindicationis non pertinere, eò magis quod *Vlpianus* apertis verbis pronunciat legatum perceptionis, (quod ejuſdem generis eſt cum legato vindicationis vult *Faber*) interdictò comprehenſum eſſe. Cęterùm quas rationes prætexit inanes ſunt, nam prima, quod Cajus dicat poſſe eum,cui per vindicationem legatum eſt, rem ipſam propria authoritate præſumere, quam futilis ſit jàm ſuprà oſtendimus. Secunda, quod *Triboniani* §. *qui vero ex cauſa perceptionis* non *Vlp.* ſit, exibilanda eſt: Etenim hoc aſſeverandi modo recepto, cuilibet quod velit ſomniare licebit, & ſi Juris Reſponſa obſtent, illa eſſe *Triboniani* cauſari. quod autem illo §.moneamur, quod id,quod ab hærede percipitur, partim proprio legati jure, partim hæreditario percipitur, idve ſit exploratum vulgatumque, non movet, ut ideò *Tribon.* ſit appingendus textus; nàm hoc apertum nùnc quidem eſt,& vulgatum;ſed ex ſimilibus Juribus,qui ita docent, nec major ratio foret cur illa jura quæ monent, quod apertum,& vulgatum ex præſenti eſt *Tribon.* nō ſint, diſpungenda nō ſint; ſanè aut tanquàm vulgatum omnibus diſpungendum id fuerat ab omnibus juris capitibus, & hoc ſi facias, nonampliùs vulgatum erit, aut à nullo: & quamquam ubique *Triboniano* tribuendum foret, ſufficit ad hoc ut retineatur, quod dignum ſit ſciri, cum aliàs in hoc §.de quo loquimur rectiſſimè proponatur ad hoc ut ex eo edoceamur nonniſi pro parte hæredem hoc interdictò teneri.

16 Denique etſi cum de homine in genere, vel alia re legata, quæritur cui electio competat, & Reſponſum ſit videndum eſſe, quid teſtator voluerit, idque ex verbis colligendum, nō per hoc ſequitur quod adhùc hodie aliquid importet, an iſta, vel illa formula teſtator uſus fuerit, idve adhùc quæri oporteat, ut nō rectè judicarunt *Ioannes Borcholten*, & *Franciſcus Broeus in comment. inſtit.* & quidam alij, quibus aſſentitus *Faber* fuit; ſed ita dicitur, quia cum totum id ex teſtatoris voluntate pendeat illaq; attendenda ſit, oportet ut ex verbis quali ea fuerit dignoſcatur, quæ & ſi nō ſollemnia, ſed ad unum, vel alium modū accommodata, ſufficit, ut talia ſint ex quibus voluntatem intelligamus. Unde conſtat noluiſſe *Iuſtinianum* ex compræhenſis ſub certa formula verbis voluntatem præſumendam, ut Juris Conſulti voluerant, ſed ex verbis prolatis voluntatem ipſam percipiendam, aut ſaltem ſi non poſſit ex verbis ex probabilibus conjecturis ſubodorandam, ut rectè *Weſſembecius in comment. inſtit. in tit. de legatis* explicavit. Hinc quod ſcriptum eſt in §.*ſi generaliter* 22. *inſtit. de legatis* electionem eſſe legatarij, *niſi aliud teſtator dixerit*, non ita explicandum, ac ſi ſcriptum, *niſi per damnationem legaverit*, ſed generalitèr accipiendum, *niſi alitèr dixerit*, niſi alitèr ſe velle oſtenderit quocumque modo legando, ſive niſi verbis ſignificaverit velle hæredem eligere, non legatarium: juxta quem ſenſum ſi dixerit *lego Titio ſervum* atque ita uſus fuerit verbo *lego*, quod vindicationis erat, ſi tamen poſtea ſubjunxerit (*quem hæres volet*) electio hæredis erit non legatarij, ut malè *Faber* hic aſſerit, nam hoc ex *Iuſtiniani* citatis verbis edocemur, ut rectiſſimè ab *Hermanno Vltejo in d.* §. *ſi generaliter* obſervatum eſt. At quod attinet ad legatum Optionis de hoc ait *Iuſtinianus*, quòd antiquitùs veluti conditionale non tranſmittebatur ad hæredes, ſi legatarius vivus non optaſſet §. *optionis inſtit.de legatis*, ſed hoc ipſe ſua Conſtitutione mutaſſe, quod ego credendum *Iuſtiniano* exiſtimo, qui non tàm facilè nec gratis mentiretur, præcipuè cum circa hanc rem adſint etiam in libris noſtris antiqui juris veſtigia, nempè apud Cajum *in l. ſi optio* 3. *D.qui, & a quibus*, quod *Balduinus* rectè obſervavit. At quod *Paulus* reſpondet in *l.illud, aut illud* 19. *D.de opt.leg.* poſſumus ſuſpicari qui-

quinimò affirmare fidentèr post *Accursium Wesembecium*, & alios fuisse à *Triboniano* interpolatum, nisi velimus *Paulum*, ideò ita loquutum, quia non de optione, sed de electione in sibi proposita specie tractabatur. nam revera non omnes Interpretes putant, & si plures ità voluerint, quod *Pauli* citatum Responsum fuerit à *Triboniano* interpolatum, & ad *Iustiniani* vigentes constitutiones accommodatum.

Sed hæc plena manu congesta ad *Fabrum*, dixisse sufficiat. videamus nunc quid Interpretes Vulgares eorumque sequaces adnotent.

15 Et primò ipsi de hac materia tractantes in *comment. ad §. sed olim instit. de legatis*, & alibi adnotant quatuor fuisse olim genera legatorum, per præceptionem scilicet, per vindicationem, per sinēdi modum, & per damnationem, eaque genera explicant cum *Nicasio, Otnotimo, Ioanne Fabro, Mising.* & similibus.

16 Secundò dum mordicus tenent sublatas omninò legatorum omnes differentias à *Iustiniano*, easque rejectas uti superstitiosas, sic enim eas appellare solent post *Paulum Rubeum in suo tractatu de test. cap. 47. n. 335.* contendūt quoque, nedùm nūc legatorum genera ipsa intèr se non differre, sed per omnia exæquata esse fideicommissis, atque insuper habitis differentijs illis quas ponderant quidam cum *Fachin. lib. 5. contr. cap. 30.* passim jactant quibuscumque verbis, ut fideicommitti, ità & legari posse, & Regulam *l. quoniam C. de test. l. in legatis D. de legatis 2.* qua dicitur quacumque lingua legari posse intelligunt nedum de linguarum quocumq; usu; adeò, ut & Latina, & Græca, & Ibera, & similibus legari posse assevetent, sed etiam de quibuscumque verbis, & loquendi formulis: unde & verbis imperativis, & precarijs, itemque illis (*deputo, assigno*) & similibus legari hodie validè posse concludunt, ut sequutus quosdam ex Repetentibus ad jura prædicta, tradidit *Menochius de præsumptionibus lib. 4. præsumpt. 105. & Franc. Barry de testam. lib. 9. tit. de legatis cap. 2.* Item volunt legata ex verbis ineptis, aut contrarijs aliquando per interpretationem elici posse cum *Mantica de coniect. ultim. volun. lib. 3. tit. 17. num. 4.* & ex nutu, aut ex signis etui post *Gomez. variarum tomo 2. cap. 12. num. 1. Baryum ubi sup. lib. 9. tit. 1. num. 9. Capicium Latro consult. 71. num. 19.* quod magis, ac magis in legatis pijs dicendum esse monet *Rubeus* ubi suprà, & proindè non multum esse, quod *Simon de Pretis* scripsit *de interpretatione ultimarum voluntatum lib. 4. dubitat. 5. num. 9.* de certitudine legati elicienda à quibusdam signis, & coniecturis, & qualitatibus quoquo modo expressis, jactant Practici omnes, dum putant ad validitatem legati sufficere, vel coniecturata testatoris volūtas quocunq; modo expiscata, nam ita post *Rotæ decisiones, & Peregr.* sententiam *de fideicomm. art. 1. nu. 46.* tanquàm certum assumpsit, & tradidit *Rubeus citato cap. 47. & cap. praecedenti num. 282.* Et cum vulgo idem existimetur esse legare, quod fideicommittere, & è contra;
17 tà; ex hoc deducit *Consiliarius Staybanus resolut. 16. num. 6.* matrem, quæ in terminis Neapolitanæ cōsuetudinis de novem partibus propriè dotis legare prohibetur, prohiberi quoq; fideicommittere quamquam ego hoc admitterem ex identate rationis potiùs, & ex mente statuti, quam ex allata ratione, quod idem sit legare quam fideicommittere.

Porro quamvis Brocardicum illud passim nostri in ore habeant, quod dominium rei legatæ transit recta via in legatarium, nec distinguere soleant, ut debuissent inter legatum vindicationis, vel perceptionis, & reliqua legata, & hinc etiam ignoranti acquiri, & à legatario transmitti, si prædecesserit volunt ut ex *l. si cum Pater 79. §. fundo D. de legat. 2. l. si post diem 5. D. quando dies legati cedat*, & concordantibus notant *Surdus in consil. 253. num. 25. & in decis. 25.* ubi *Consil. Hodierna in additione, Rota Romana coram Panzirolo decis. 189. num. 5. & Peregr. de fideicomm. art. 47. num. 78.*; sunt tamen plerique
18 qui idipsum fatentur, quod *Faber* hic *nu. 27.* & pro certò habent non licere legatario propria autoritate rem sibi legatam occupare, id ei vetante Prætoris edicto, cujus quidem edicti Ratio cum notissima sit, nempè quia æquissimum Prætori visum est, neminem sibi occuparis legatis jus dicere, ostendit illa insulsissimam aliam esse, quam prætexunt *Repetentes, & Pragmatici*, & adducit *Rubeus de testam. cap. 63. num. 149.* post *Castrensem in l. non dubium C. de legatis, & Gomezium variarum tomo 1. cap. 11. tit. de legatis n. 10.* scilicet ideò non licere legatario propria authoritate rem legatam occupare; quoniam prætendens causam lucrativam offendit libertatem testatoris; quasi is qui voluntatem testatoris exequi vult, atque consequi intendit quod testator jussit eum habere, is libertatem ipsius testatoris offendat, non potiùs magnifaciat, & observet.

19 Utcumque tamèn sit, illud certum est, quod ad Regulam prædictam, quæ statuit nō licere legatario propria authoritate rē legatam sibi capere, nonnullæ ex his quæ in praxi obtinent accommodari debent exceptiones, quarum prima illa est, quod Prætoris edictum, ità jubens habet locum in primo fideicommissario, aut legatario, nō item in secundo, & tertio, quos primo, aut secundo subrogavit testator; siquidem & si primus à manu hære-

hæredis, non tamèn ſecundus à manu primi, aut tertius à manu ſecundi aeeipere cogerur, ut *Argelius* poſt alios adnotavit *de legitimo contradictore quæſt. 1. artic. 2. & Mareſcottus variarum 1.cap.1.num.17.*

Secunda exceptio eſt, dummodò fuerit ab hærede ſcripto adita hæreditas; alioquin, ea non adira poterit legararius, quæ ſibi legata ſcit præcapere, & propria auroritate ſpeciei legatæ legitimam nanciſci poſſeſſionem, hancquc exceptionem paſſim receptam conſtat ex *Gratiano diſcept.cap.542.nn.1. Gabrielio com.concl.lib.5.tit.de acqnirenda poſſeſſione concl.1.num.98.* Unde *Teodorus alleg.18. nn.65.* dicebat poſt *Surdum, & Peregr.* quod legatarius, qui hæreditate vacante, poſſeſſionem nactus ſit rei legatæ, erit etiam adverſus hæredem ipſum manutenendus in eadem poſſeſſione.

Et quanquàm *Conſil. Staibanus in reſol. 99. num. 76.* poſt eundem *Peregr. & Argelium* contrà hanc ſecondam exceptionem inſurgat in termin is fideicommiſſi, & nequaquàm licere fideicommiſſario, & ſi hæreditas fuerit vacans propria autoritare occupare rerum hæreditariarum poſſeſſionem, contendat; id quod mordieus tenet in *obſerv.4. num.38.* poſt *Surdum, Peregr.Farinacium*, & reliquos ſeqoutos ab *Andreolo contr.69. a n.7.* attamèn facilitèr occurri poterit; horumque objectiones vitari; ſiquidem cum omnia eorum argumenta unicum illud fundamenrum habeant, quòd hæredi debeantur qoartæ, & deductiones, ratione falcidiæ, aot *Trebell.* & ſimilium, & proindè tam *Teodorus*, quam alij occupationem conceſſerant, dummodò quartæ iſtæ, & deductiones non deberentur, hoc unicum fundamentum ſubvertitur & prærextum diluitur, eum præſtarur per legatarium, aut fideicommiſſarum caurio, qua ſecurus hæres reddatur, detractiones ſibi debitas quãdo libuerit, aur quartas ſe habiturum, ut poſt *Cornenm, Gabrielium, Cacheranum, Surdum, Fuſarium, & Alexandrum Randentem* cõſuluit *Reg.de Marinis quotid.1.c.241. nu.6.* cujus ſanè ſenteotia juſtiſtima, & æquiſſima eſt, ca namquè conſulirur hæredi, ot quod ſibi debetur conſequi poſſit, & efficitur, ne ipſe fruſtari pro libito legararium, & fideicommiſſarium poſſit prorracta ad longum tempus hæreditaris aditione ad hoc, ne illi actionibus ſibi à Jure præſtitis uti poſſint; unde ira legatarijs quoque, & fideicommiſſarijs conſulitur.

Tertia exceprio, quam Noſtri tradunt, ultrà etiam progreditur, & ſi fideicommiſſarius, aur legatarius poſſeſſionem legatarum rerum, aut hæreditariarum nactus, in promptu paratus ſit de jure ſuo docere, oſtendatq; ſibi rem, cujus poſſeſſionem nactus ſit debitam eſſe; manutenendum eum in poſſeſſione contendit, adeoque legitimum contradictorem ipſe hæredi fieri concludir poſt *Gnidonem Papam decis.483. Peregr.de fideicomm.art.48.num.4.in fine*, alioſque, ex quibus *Capicius Latro deciſ.108. num.46.* & *Conſil.Roſa conſult.40.num.24.*

Quarta exceptio erit ſi ex juſſu, & voluotate teſtatoris legatarius ſibi legara capiat; nam ſi teſtator dediſſet facultatem legarario, aut fideicõmiſſario propria autoritate capiendi: nemo dubitat, quod nullo expectaro hæredis facto, juſtè capiet. *Aretinus conſ.37. Mareſcottus* ubi ſupra; dubium tamen in eo eſt, an hujuſmodi licentia, & authoriras capiendi, expreſtis, & apertis verbis dari oportear, an verò ſufficiar ſi ex verbis ipſis, quibus reſtator uſus fuit eliciatur; & ſufficere ſi eliciatut ex verbis, plerique voloot; unde ſi teſtator directis verbis uſus fuerir, dediſſe licentiam firmat *Antoninus Amatus*, quem Noſtri ſequuntur *variarum reſol.39. num. 179.* Cujus ſententia ſi veta eſt, jàm ſibi parum conſtantes Pragmatici admittent, non oihil intereſſe, an teſtator verbis directis, ao verò precarijs, & obliquis uſus legaßet, atque eſſe adhùc differentias inter legatorum genera, & legandi modos, contrà quam paſſim jactaot, affirmabunt.

Et rurſùs ſi verum eſt, quòd Plerique adnotant, oempè datam hanc facultatem capiendi propria autoritate relictamque cenſeri ſi teſtator dixißet, legararios, & fideicommiſſos ſe habere velle quod eis telictum eſt, *omni modo meliori*, ut poſt *Peregrinum, Curtium, Beroum, Hondedeum*, & cæteros adnotant *Maſtrillus deciſ.72.num.4. Capicius Latro citata deciſ. 108. a num. 33. & Marta de ſucceſſione legali par.4. quæſt.19. art.1. num.7.* alijque apud *Reg. de Marinis quotid. 2. c. 88. num. 11.* jàm ad indagandum quibus verbis uſus fuerir in legaodo, aur fideicommittendo teſtatot ſollicitos nos eſſe debere, fatendum erit.

Quinta exceptio ex poteſtate data in caſu alienationis extrà familiam, cæreris de familia propria authoritate ingrediendi poſſeſſionem rerum per fideicommiſtum in favorem agnationis inſtitutum relictarum, deducunt Noſtri cum *Gratiano diſcept. forenſium cap.954.nu.22. Fuſarium de ſubſt. quæſt.613. num.26. & quæſt.672. Surdum deciſ.333. & Regentem de Marinis dicto lib.2. cap.88.* ubi plena manu de hujuſmodi exceptionibus, & limitatiooibus diſſerit.

Sexta exceptio ſuprapoſitis à *Regen. de Marinis* adductis addenda erit, de legato facto ad piam cauſam; nàm ejus poſſeſſioem capere authoritate propria pia cauſa poterit juxtà ttadita à *Tiraquello de privil.*

pia

v.gr. foret institutus Titius, ejusve filij, aut Titius, ejusve fratres, Titius cum uxore, & similibus, & quanquàm plura in utranq; partem disputeut, frequentiùs tamen receptum est, distinguendum ex persona testatorum, & institutorum. Undè si proponatur patrem testando suum filium, ejusve filios, nepotes scilicet suos instituisse, hos nepotes non cohęredes datos filio, sed substitutos fuisse interpretabimur cum *Julio Claro in §. testamentum q.80. Vivio commun.opin.concl.46.n.2. Boerio dec.185. Surdo dec.346.n.4.* Id quod, & in matre testatrice locum habere fatemur post *Decium, & Peregrinum de fideicomm.art.17.n.12. & Octau. dec.Pedem.18.* & rursus in patre qui non servato ordine, sed inverso se instituere Nepotes, & filium dixisset, ut *Soccinus Junior cons.71.n.41.lib.1. & idē Pegregrinus ubi supra n.13.* notatum reliquerunt.

Cæterùm hoc quod dictum est, in legatis non habere locum advertit *Menochius lib.4. præsump.70.n.6, Intrigliol.de subst.cent.3.q.80 n.1.* nèc in filio naturali, & Nepotibus ex eo *Corneus cons.331.lib.3. Peregr.ubi suprà n.17.* & generalitèr quotiescunque necessitas instituendi nulla foret in testatore, quod largè exemplificat more suo *Fusar.de fideicom.subst. q.476.*

At si nō parentes, sed fratres fuerint qui à fratre testatore instituti proponerētur, illûq; vocaße fratres, eorumque liberos tunc hi omnes æqualitèr ad hæreditatem admittendos volunt cum Doctoribus supracitatis, & cum *Barzio dec.9.n.2.* videas tamen *Fusar. q.476. & seq.* ex quo plura ad hanc materiam.

Finis Quinti Libri. Laus Deo.



D. HIE-

D. HIERONYMI BORGIÆ J.C.

INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

PARS SECUNDA

SEQUENTES QUINQUE LIBROS COMPLECTENS.

D I V O
FRANCISCO BORGIÆ
E' GANDIÆ DUCIBUS,
HISPANIARVM MAGNATIBVS, &c.
SOCIETATIS IESV PRÆPOSITO GENERALI TERTIO.

D. HIERONYMUS BORGIA.

NON æstui dumtaxat humano, & affectui carnem tantummodò, & sangvinem consequenti tribuendum est, Vir sanctissime, ut non solum majori cum fiducia, & amabiliori veneratione, sed majori cum sanctimonia accedamus ad beatissimos, gloriosissimosque homines, quos nobis dum in terris erant, Patria, aut quid amplius, cognatio scilicet, & Familia conjunxit una. Siquidem vel à Natura ipsa nobis insitum est, ut cum aliquem è nobis, aut è Nostris Cœlo illatum, Deique amicum, & domesticum effectum intueamur, statim ac ad illum accedimus pracabundi, stimulari acerrimè ad pietatem, & virtutum facibus sentimus accendi, à viva enim voce cognati sanguinis experrecti, alacriter magis, & vigorosè semitas percurrimus salutis. Hinc ambitiosè, vel intempestivè actum quis judicabit me voluisse hos quinque sequentes Investigationum mearum Libros tuo nomine inscriptos in lucẽ prodire, atque tecum in eorum vestibulo loqui? Factum siquidem, & benè factum dignoscet ad hoc, ut dum memorem, & gratum (quæ mea est imbecillitas) erga tuam munificentiam me ostendo, eiusdem præstoler continuationem & opem, ideo dum fateor tibi & multa & maxima debere beneficia, & præsertim illud, quod cognomine, & fa-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER SEXTVS:



CAPVT I.

Plura de Legatis:

SVMMARIVM.

1 *De legatorum differentijs jam Plures egerant; unde Faber actum agit.*
2 *Ait duo non quatuor genera legatorum.*
3 *Sed refellitur.*
4 *Ostenditur differentia inter unum legati genus, & aliud.*
5 *Differentia quam Faber assignat inter legatum vindicationis, & damnationis.*
6 *In dubium revocatur illius explicatio.*
7 *Alteram differentiam assignat Faber.*
8 *Sed non rectè.*
9 *Rursus disputatur adversus eandem.*
10 *Descendendum erit ad emendationem tex.*
11. *Insignis Fabri error.*
12 *Responsum Celsi in l. qui duas. fuit à compilatoribus accomodatum ad Justiniani constitutionem.*
13 *Item Respõsum in l. planè 34. §. si in pupillari.*
14 *Hodie superest differentia non inter legatorum genera, sed inter coniunctiones.*
15 *Vulgares Interpretes dignoscunt quatuor genera legatorum.*
16 *Pragmatici quibuscumque verbis validè hodie legari volunt.*
17 *Mulier Neapolitana de dote prohibetur legare item, & fideicommittere.*
18 *Non licet legatario rem propria authoritate capere ob edictum prætoris, & qua ratione.*
19 *Sed hoc plures habet exceptiones quæ referuntur.*
20 *An legatarius viam exequutivam habeat Nostri distinguunt.*
21 *Expositio Novellæ de hæred. & falcidia cap. 4.*
22 *Reijcitur Ant. Contij, & asseclarum opinio.*

1 Quatuor, quæ olim fuerãt legatorum genera, jàm vulgò notissima sunt ex §. *sed olim instit. de leg.* Item quas habuerint formulas, & in quo unum genus ab altero differret explicatum latissimè fuit à viris doctissimis *Jacobo Cujacio 3. sentent. Pauli tit. 6. ad l. 1. D. de legatis 1. Hugone, Donello 8. comment. cap. 3. Franc. Duar. ad tit. de leg. 1. in princ. Balduino, Hotomano, Vltejo,* alijsque *Neotericis, in comment. instit. in d. §. sed olim* post *Vlpianum. in Fragmentis tit. 24. §. legamus, Iulium,*

Paulum lib. 3. sent. 6. & Gajum 2. instit. tit. 5.

Putidum ergò erat pluribus de ijsdem scribere: at egit *Faber* hoc capite, ut actum ageret, aut potiùs actum pravis interpretationibus devastaret; præstat igitur quæ ille de suo attulit investigare, & refellere,

2 Sub numero primo non quatuor, sed duo olim fuisse legatorum genera scribit, nempè vindicationis, & damnationis; reliqua verò duo alia genera species potiùs fuisse sivè differentias, nam legatum perceptionis ad genus vindicationis, & legatum per sinendi modum ad genus damnationis pertinebant. Sed ita disserendo, *Faber* tum *Justiniano* in dicto §. *sed olim*, tùm *Vlpiano*, & *Cajo* in locis supra citatis apertè adversatur; nàm bi disertè quatuor esse pronunciant genera legatorum, unumque ab altero distinguunt,

3 & sanè cum differentiam inter illa non aliud faciat, quam aut legandi formula, aut res legata, aut persona legatarij, necessariò sequitur ut legatum quod formula, aut personis, aut rebus distinguitur ab alio, novum genus diversumque ab illo constituat. Hinc cum legatū perceptionis distinguatur apertissimè à vindicationis legato, tum formula, tum personis: nàm diversa sunt illa verba *do, lego, capito, vindicato, sumito* ab illis *è medio sumito, tibique habeto, percipito* siquidem prima cæteris omnibus, secunda solis hæredibus conveniunt; oportet asserere genus legari vindicationis diversum esse à genere perceptionis, & è contra, ut rectè *Osualdus* advertit in notatis ad *Donellum 8. comment. cap. 3.* Quod si observabis quoq; cum *D. Melchiore de Valentia in Illustr. tract. lib. 3. tract. quinto de legatis, & fideicommissis, &c. sive ad legem primam de legatis primo cap. ult. tractatu primo*, & ponderabis, quod perceptionis legatum non eodem jure, sed partim hæreditario, partim jure legati ab hærede capitur *l. Titia D. ad l. Falcid.* & similibus, dignosces, etiam ex hoc inter ipsum, & legatum vindicationis differentiam alteram; unde concludes, legatum perceptionis genus de per se constituere.

4 Insuper legatum per sinendi modum diversam quoque, & ipse formulam habet à legato damnationis; nàm verbum *Sinito* adiectum longè diversum constituit sermonem, quod facit ut, vel ipso *Fabro* fatente, res testatoris tantum, aut hæredis legato hoc sinendi modo relinqui potuerint; & ideo verbis quibus fiebat, & rebus de quibus fiebat legatum per sinendi modum diversum fuerit à legato damnationis, & novū genus constituerit id autem si *Faber* advertisset cū acutissimo *Donello* ubi suprà, & sinēdi legatum, genus quoddam efficere mixtum vindicationis, & damnationis, certè conclusisset, ut *Osualdus* conclusit, diversum ab utroque genus quoddam constituere.

Rursus cum potuerint per sinendi modum legari res illæ, quæ in Jure consistunt, quod sanè per alia genera legatorum non poterant, ut *Paulus* docet in sententijs loco supracitato, dùm ad differentiam aliorum legatorum scribit, *sinendi modo tam corporales res, quàm quæ in Jure consistunt, legari possunt*, ex bis etiam concludemus, genus diversum à cæteris sinendi modum constituere. Et quamvis sciam displicere *Iacobo Cujacio* hanc assertionē quod per solum hunc sinendi modum res quæ in jure consistebant legari poterant; ideoque è citato *Pauli* loco prima verba *sinendi modo* expungat; dicam tamen vel ei non adsentiendum, vel saltem, quod quamvis modis omnibus legari potuissent, ea, quæ in iure consistebant, aptiùs tamen ideoque frequentiùs per sinendi modum legata, unde hac formula proponi legatum, usumfructum *sinere frui fundo* videmus *in l. 2. D. de ann. leg.* & hac *sinere uti frui in l. duos 14.* & in *l. damnas esto 15. D. de usufr. leg.* itemque *in l. qui quatuor 30. §. qui orto D. de legat. 3.* ideoque etiam ex hoc asserete hoc legatum longè aliud à cæteris esse.

5 Progreditur *Faber*, & in quo differat legatū vindicationis à legato damnationis proponit, aitque primò intèr cætera, in eo differre, quod ea quæ legata per vindicationē sunt adeò recta via à testatore in legatarium transibant, ut nullo expectato hæredis facto licitum legatario fuerit propria authoritate capere, quod nequaquàm in ea quæ legata per damnationem, fieri concedebatur, sed

6 per hæredis manus ea accipere oportebat; Verùm enim verò in his lapsum esse evidentissimè ostenditur; quippè & si certum quod dominium rerum per vindicationem legatarum recta via transibat in legatarium, ut ex pluribus iuris nostri locis constat, & aptè explicatur tum à *Valenza* ubi supra *nu. 3.* tum etiam à *Bacovio* in notis *ad Treutl. volum. 2. disput. 13. Thesi 7.* attamen non ideò Jus legatario propria authoritate res legatas, quanquàm per vindicationem, capere: ei obstante interdicto *quorum legatorum*. Nec in contrarium movet, quod ex *Cajo lib. 2. institut. tit. 3. §. vindicat.* scribitur: nàm primò non admodum his *Caij* fragmentis fidendum est; cùm nèc integra sint, nec autentica, & ut *Cujacius*, alijque doctissimi viri advertère, ab *Aniano* conficta, dum quod *Cajus* scripserat in Epitomen, nec undequaq; redegit. Secūdò, quia potest ità *Cajus* explicari, ut licitum legatario fuerit rem præsumere, si illam apud alium quàm apud hæredem invenerit, ut *Bachovio* visum *in Treutl. dicto volum. 2. disput. 12. de acquirenda hæreditate*

tate

tate Thesi prima vers. etiamsi. Cæterùm ut cumque res sit certè non poterit tam securè ex hoc uno *Gai* fragmento licentia legatario dari capiendi, quod *Faber* facit.

7 Sed ait deinde ille, quod legato vindicationis, si eadem res disiunctim duobus legabatur, eorum unicuique insolidum debebatur, adeò ut unusquisque solidam eam possit vindicare, nam solidam datam à principio unicuique à testatore verum erat, atque hoc esse, quod *Vlpianus* scribit in *fragm. dicto tit.* 24. §. 12. Sed quia adveniendo socius partem auferebat, ideò à Cajo dictum unumquemq; partem dũtaxàt sumere; At in legato damnationis non idem, nam eandem rẽ damnatus hæres duobus dare, uni illam alteri æstimationem dare oportebat, ut idem *Gajus* in fragm. adductis scribit apertis verbis.

8 Verùm in his quoque illud non placet, quod dum cum *Cajo* nititur conciliare *Vlpianum*, ambos malè habet, & utrique adversatur. Primò nam etsi nùnc unum, nùnc alterum proferat, & hùc, illuc se distorqueat, dũ tamẽ non aliud concludit, quàm quod in legato vindicationis coniunctim facto unicuique solidum datum est; concursu tamèn partes fiunt, hoc disertè est contrà *Vlpiani* verba, quibus nedùm hæc duo solidum deberi, & partes concursu fieri distinguũtur, sed etiam veluti opposita assumuntur, ibi, *si duobus eadem res per vindicationem legata sit: siquidem disiunctim singulis insolidum debetur, si verò coniunctim, velut Titio, &c. Concursu partes fiebant.* Nam his constat, nedùm *Vlpianum* illud *solidum deberi* cum effectu accipere, & veluti contrarium opponere illi *partes fieri*; & ideò unum ab altero diversum facere, ut quo casu uni locus sit alteri locus esse non possit, quod cum ità sit, quis non videt, quàm apertè *Vlpiano Faber* adversetur, dum utrũq; in eodem casu admittit, & in eadẽ specie singulis deberi, quæ legata insolidum sũt, & cõcursu tandem partes fieri contendit, ita differentiam illam inter legatum factum conjunctim, & legatum factum disiunctim tàm disertè propositam à J. Consulto destruens.

9 Secundò si verum esset quod ipse *Faber* totiès jactat, scil. in proposita specie de vindicationis legato *singulis solidum deberi, singulos solidum vindicare posse*, utique non esset ad id descendendum, ut tandèm nonnisi partem quisque ex legatarijs sumat: ne in id, quod impossibile est, ut est cuique solidam eandem rem præstare coangustaretur hæres: Etenim potuisset uni res ipsa alteri verò ejusdem æstimatio præstari, nam aliàs semper quod Juris Consulti solidum deberi ex pluribus unicuiq: dicunt, aut integrum deberi volunt, & præstandum esse jubent, semper imponere necessitatem intelligunt, ne quid impossibile voluisse videantur, ut uni res, alteri æstimatio præstetur; habeturq; ac si dixissent solidam rẽ uni, alteri in illius vicem æstimationem ipsius præstari oporteret, ut evidẽtissimè apparet ex dicto Caij loco, in quo postquàm in legatis per damnationẽ dixisset, quod integra ea debeãtur subjungit, *idest ut unus rem ipsam accipiat alius æstimationẽ rei ipsius in prætio ab hærede.* Qui ergo ut facit *Faber* in legato vindicationis de quo supra hoc non admittit, is neq; & illud priùs, quod cuiq; solidum debeatur ut admittat oportet. Cæterùm si non tàm *Vlpiani* verba, quàm rem ipsam, & juris rationem attendere velimus, falsum erit solidum in specie de qua disputamus cuique deberi; quanquam verum sit, solidum datum esse, nàm longè aliud in proposito dari est, quàm deberi; potuit siquidem à testatore unicuique ex pluribus solidum dari, sive legari potuit juberi singulis disiunctim, ut solidam rem sibi vindicarent, at quoniam id per rerum naturam impossibile est, & ad æstimationis remedium venire genus legati nos vetat: oportebit dicere, & si solidum datum non tamen solidum cuique debitũ, sed partes; atq;

10 ita descẽdere quod & *Faber* debuit in *Iacobi Cujacij* sententiã ejusve emendationi acquiescere, & ubi apud *Vlpianum* legimus *singulis insolidum debetur*, reponere *singulis partes debentur*, nàm partes, non solidum deberi, & *Cajus* ubi suprà, & *Paulus dicto tit. 6. lib. 3. §. 3. & Iustinianus etiam in l. unica §. ubi ad legatarij 11. C. de caducis tollendis* clamant. Quod si cui *Cujaciana* emendatio, tanquam quę differentiam illam intèr coniunctim, & disiunctim legare destruit quæ videatur adesse oportere, undequaque non satisfaciat, is cogitare de noya emendatione debebit, ut Nos egimus in *Suspicionum Libris*. Sed, an benè alij videbunt.

11 Insupèr notandus erit insignis *Fabri* error, quem admittit, dum ità in explicatione hujus differentiæ inter vindicationis, & damnationis legatum versatur ità Pandectarum Responsis utitur, ac si in his durasset adhùc legatorum differentia, & quatuor generum assignata distinctio, & quidem ea de causa repræhensioni subiacet, quoniam animadvertere debuit, quod & si in aliquibus Digestorum locis remanserint quædam formularum veterum, circa legatorum genera vestigia, ut observarunt Viri doctissimi, præcipuè *Barnabas, Brissonius lib. 7. de formulis*, sive illa bono animo à *Triboniano* relicta, ne antiquitatem omnem ignoraremus, ut & fecit in alijs tractatis; sive ideò remansa, quia impossibile fuerat, & in tàm brevi temporis spatio efficere, quod sibi ipsis Compilatores præfixerant, scil. omnia mutare, omnia invertere, omnia tam-

quã ex uno ore profecta accomodare, attamẽ nullus locus in Pãdectis est, qui differentiam quam legatorum substantialem præterat, & ex quo aliquid eertum eliecre possimus de illis, etenim ad Constantis, & Constatij Reseriptum quod extat io *l.iu legatis* 21.*C.de legatis*, quo formulæ legatorum sublatæ, & ad *Iustiniani* Constitutionem, quæ extat in *l.1. C.comm. de legatis*, qua diversitates omnes inter legatorũ geneta penitùs æquatæ, ac eadem natuta omnibus legatis data est; omoia Jutis Consultorum Responsa, quorum collectio, præfatum Reseriptum, & *Iustinianeam* Cõstitutionẽ sequuta est, accũmodata sũt; ut cettè debuerant ex præset ipto in epist. de cõceptione Digestorum atque ad Impetialium placeitum normam, & secundũ illã reposita sũt in Digestotum libris, & si adhùc quædam in illis temansisse etedat *Doctissimus Franc. Broeus in comment. instit. ad* §.

12 *sed olim tit. de legatis*, & sit pto exemplo eius, quod dicimus *Celsi* Responsum in *l. duos* 14. *D.de usufr. legato* est (hoc ipso abutitut *Faber*, adducitque illud veluti Cajo in his, quę de vindieatione legati dixetat concordans) In eo itaque Celsi Responso, dum legatum damnationis proponebatur, & disiunctim factum per hæc verba, *duos separatim uti frui finere damnatus hares*, nil aliud quærendum fuerat, si Caij sententia attendebatur, & poterat secutè pronunciari, quod cuiq; ex legatatijs illius partis, quam habere non potetat, quia alter ea fruebatur, erat æstimatio præstanda. Et tamèn quanquàm ità dicatut non dicitur id absolutè, sed quasi non certũ, sed ex conjectutata testatotis volũtate pendeos, interposita clausula, *si testator utrumque solidum habere voluit*, qua sanè clausula generalem sententiam adeò testtingit, ut id, quod ex natura legati præstandum veniebat si Cajum attendamus, nùne apud Celsum veniat non ex ea, sed ex testatoris voluntate coniecturis elicita, id quod propriè illud est, quod *Iustinianus* sanxit in *l.unica* §.*ubi autem ver. hoc autem C. de caducis tollendis*: est igitur etiam apud Celsum nulla formularum eura relicta, & ex testatotis voluntate exquisitum est, quod ex solo legendi genete quo ille usus fuerat affitmandum erat, sanè si testatorum voluntas coniectanda, nec vetba cutanda apud Celsum patum de fonnulis legatorum sollieitos esse, parumque debemus eurate, an per vindicationem an vetò pet damnationem legatum fuerit.

13 Patitet quoque ex *Iustiniani* sententia accommodatus tst §. *sed si in pupillari*, *l.planè* 34.*D.de legatis primo*, etenim sive in eius speeie per vindieationem, sive per damnationem legatum fuiße supponas, cum *Vlpianus* dixisset, *quòd si in pupillari testamento alij eamdem rem legaverit, quam mihi iu suo testamento lègavit*: *Iulianus scribit concursu partes nos habere* additum fuit, huic propositioni *interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit*, ut ita magis, ae magis nobis datetut intelligi, quod unicuique ex legatatijs nonnisi pars dãda est. Dedit autem Cõpilatoribus ansam id addendi quod ita *Vlpianus* loquebatur in hac secunda specie de legato disiunctim facto, ut quis ex eius vetbis credete potuisset velle sulidum legatum dandum utrique, aut saltèm ei, qui in primo testamento legatum aceeperat, sed eum neq; hoc ultimum de mente *Iustiniani* esset, addiderunt Compilatotes clausulam illam *interim* atque ità effecerunt ut etiam quando sub conditione secundo legatum datum est, adhùc quia datum, ex hoc primus pattem tãtùmmodo consequetur. Ex his autem constat eos qui in dicto §. legũt: *interim igitur totum habebit* non rectè sapete. Nam quanquàmità dixisse *Vlpianus* potuit, iàm nùnc oppositũ distertis verbis in omnibus Codicibus legimus, qood si illi nõ rectè, pessimè sanè legit *Faber*, qui *interim partem habebit* explicàs de parte dara secundo legatario, scil. de eo quod illi in secundis tabulis legatum fuerat, quando hoc datum non pars fuit, sed totum; ideoque intetim primus totum non partem habiturum dicendum fuetat, cum non rectè dicatur intetim partem habere eum, qoi & ptoptiam, & collegatatij etiam pattem habet atque ita totum habet: omisso quod ineptè proponeretur quæstio, an cũ cui solidum legatum fuit, interim partẽ collegatarij habeat, quã esse partem ante conditionis eveotum noo dieimus, & potiùs ità proponenda etat quæstio an illud solidũ habeat, quod legatum ei est quousque conditio adimpleatur? Cæterùm, ut jam diximus falsum est asserere, quod totum habebit primus legatarius, & quod partem socij interim obtineat; nàm *Iustinianus* voluit dumtaxàt ei partem esse dandam, & ad *Iustiniani* voluntatem *Vlpiani* verba effotmata sunt, denique non etit io proposita disputatione omittenda distinctio illa, quæ extat in *l.si pluribus* 33. *D.de leg. primo*; nàm illa appositè efformata à compilatoribus fuit ad hanc rem, de qua agimus, quod nemo negabit vel ex ipsios lectione.

14 Non nego tamèn adhùe hodie, & post *Iustinianum* distinguendum esse, non Quidem intet legatotum genera, sed inter coniuoctiones; nàm Quidam re tantùm, Quidam vetbis tantùm, Quidam veto re, & verbis conjunguntut, & ex hujusmodi varijs modis plura, & distincta nascuntur, ut ex *l.re coniunct.* 89.*D.de legatis*, & ex *l.triplici* 142.*de verborũ signi-*

significatione, multò meliùs quàm *Faber* explicavère post antiquos *Gomezius Variarum 1.cap.10.*& intèr *Neotericos Goveanus de Iure accrescendi*, *Cajacius in d.l. triplici 142. & obser.24.cap.34. & in l.66. D.de hered.instit. Duarenus in Anniverſ. libris*, *Donellus 7.comment. cap. 13.* ubi *Osualdus* qui alios adducit.

15 Ad hæc sub *num.17.*scribit *Faber*, adhùc hodie legatum damnationis superesse, & ipsius naturam cęteris communicatam fuisse, ità ut hodie legata omnia sint ab hærede præstanda, ideòque à *Triboniano* addita *Modestini* definitioni ultima illa verba *ab hærede præstanda in princ. instit.de legatis*. Sed hoc quoque nedum ex his quæ appositè objecit *Marcus Linklama membranarum* 3. *Ecloga* 2., sed etiam ex eo non benè asseveratum ostenditur, quod verba illa *ab hærede præstanda*, sivè *Triboniani* sint, sive alterius *Juris Consulti*, sivè ipsius *Modestini* non tàm jus Novum, quàm jus ipsum Vetus, & quod ipsorum Juris Consultorum tempore obtinebat perstringunt; nam ut diximus etiam jure inspecto ante *Iustinianum* obtinente, non licuit legatario propria autoritate rem præsumere, aut capere obstante ad id proposito interdicto *quorum legatorum*, in quo à Prætore, jussum, *quod quis legatorum nomine, non ex voluntate hæredis occupavit, id restituat hæredi*, teste *Vlpiano in l.1.D.quod.legatorum*, & sanè interdictum illud cum generale fuerit, & indistinctam clausulam continens, *quod quis legatorum nomine*, non potuit ut *Faber* credit, nescio quibus motus, ad legatum vindicationis non pertinere, eò magis quod *Vlpianus* apertis verbis pronuneiat legatum perceptionis, (quod ejusdem generis cũ. eum legato vindicationis vult *Faber*) interdicto comprehensum esse. Cęterùm quas rationes prætexit inanes sunt, nam prima, quod Cajus dicat posse eum, cui per vindicationem legatum est, rem ipsam propria authoritate præsumere, quam futilis sit jàm suprà ostendimus. Secunda, quod *Triboniani* §. *qui vero ex causa perceptionis* non *Vlp.* sit, exibilanda est: Etenim hoc asseverandi modo recepto, cuilibet quod velit somniare licebit, & si Juris Responsa obstent, illa esse *Triboniani* causari. quod autem illo §. moneamur, quod id, quod ab hærede percipitur, partim proprio legati jure, partim hæreditario percipitur, idve sit exploratum vulgatumque, non movet, ut ideò *Tribon.* sit appingendus textus; nàm hoc apertum nùnc quidem est, & vulgatum; sed ex similibus juribus, qui ita docent, nec major ratio foret cur illa jura quæ monent, quod apertum, & vulgatum ex præsenti est *Tribon.* nõ sint, dispungenda nõ sint; sanè aut tanquàm vulgatum omnibus dispungendum id fuerat ab omnibus juris capitibus, & hoc si facias, non ampliùs vulgatum erit, aut à nullo: & quamquam ubique *Triboniano* tribuendum foret, sufficit ad hoc ut retineatur, quod dignum sit sciri, cum aliàs in hoc §. de quo loquimur rectissimè proponatur ad hoc ut ex eo edoceamur nonnisi pro parte hæredem hoc interdicto teneri.

16 Denique etsi cum de homine in genere, vel alia re legata, quæritur cui electio competat, & Responsum sit videndum esse, quid testator voluerit, idque ex verbis colligendum, nõ per hoc sequitur quod adhùc hodie aliquid importet, an ista, vel illa formula testator usus fuerit, idve adhùc quæri oporteat, ut nõ rectè judicarunt *Ioannes Borcholtem*, & *Franciscus Broeus in comment. instit.* & quidam alij, quibus assentitus *Faber* fuit; sed ita dicitur, quia cum totum id ex testatoris voluntate pendeat illaq; attendenda sit, oportet ut ex verbis qualis ea fuerit dignoscatur, quæ & si nõ sollemnia, sed ad unum, vel alium modũ accommodata, sufficit, ut talia sint ex quibus voluntatem intelligamus. Unde constat noluisse *Iustinianum* ex comprænhensis sub certa formula verbis voluntatem præsumendam, ut Juris Consulti voluerant, sed ex verbis prolatis voluntatem ipsam percipiendam, aut saltem si non possit ex verbis ex probabilibus conjecturis subodorandam, ut rectè *Wessembecius in comment. instit. in tit.de legatis* explicavit. Hine quod scriptum est in §. *si generaliter 22. instit. de legatis* electionem esse legatarij, *nisi aliud testator dixerit*, non ita explicandum, ac si scriptum, *nisi per damnationem legaverit*, sed generalitèr accipiendum, *nisi alitèr dixerit*, nisi alitèr se velle ostenderit quocumque modo legando, sive nisi verbis significaverit velle hæredem eligere, non legatarium: juxta quem sensum si dixerit *lego Titio servum* atque ita usus fuerit verbo *lego*, quod vindicationis erat, si tamen posteà subjunxerit (*quem heres volet*) electio hæredis erit non legatarij, ut malè *Faber* hic asserit, nam hoc ex *Iustiniani* citatis verbis edocemur, ut rectissimè ab *Hermanno Vltejo in d. §. si generaliter* observatum est. At quod attinet ad legatum Optionis de hoc ait *Iustinianus*, quòd antiquitùs veluti conditionale non transmittebatur ad hæredes, si legatarius vivus non optasset §. *optionis instit.de legatis*, sed hoc ipse sua Constitutione mutasse, quod ego credendum *Iustiniano* existimo, qui non tàm facilè nec gratis mentiretur, præcipuè cum circa hanc rem adsint etiam in libris nostris antiqui juris vestigia, nempè apud Cajum *in l.si optio 3. D.qui, & a quibus*, quod *Baldainus* rectè observavit. At quod *Paulus* respondet in *l.illud, aut illud 19. D.de opt.leg.* possumus suspieari

qui-

quinimò affirmare fidentèr post *Accursium Wesembecium*, & alios fuisse à *Triboniano* interpolatum, nisi velimus *Paulum*, ideò ita loquutum, quia non de optione, sed de electione in sibi proposita specie tractabatur. nam revera non omnes Interpretes putant, & si plures ità voluerint, quod *Pauli* citatum Responsum fuerit à *Triboniano* interpolatum, & ad *Iustiniani* vigentes constitutiones accommodarum.

Sed hæc plena manu congesta ad *Fabrum*, dixisse sufficiat. videamus nunc quid Interpretes Vulgares eorumque sequaces adnotent.

15 Et primò ipsi de hac materia tractantes in *comment. ad §. sed olim instit. de legatis*, & alibi adnotant quatuor fuisse olim genera legaturum, per præceptionem scilicet, per vindicationem, per sinêdi modum, & per damnationem, eaque genera explicant cum *Nicasio, Oinotimo, Ioanne Fabro, Mising.* & similibus.

16 Secundò dum mordicus tenent sublatas omninò legatorum omnes differentias à *Iustiniano*, easque rejectas uti superstitiosas, sic enim eas appellare solent post *Paulum Rubeum in suo tractatu de test. cap. 47. n. 335.* contendũt quoque, nedùm nũc legatorum genera ipsa intèr se non differre, sed per omnia ex æquata esse fideicommissis, atque insuper habitis differentijs illis quas ponderant quidam cum *Fachin. lib. 5. contr. cap. 30.* passim jactant quibuscumque verbis, ut fideicommitti, ità & legari posse, & Regulam *l. quoniam C. de test. l. in legatis D. de legatis 2.* qua dicitur quacumque lingua legari posse intelligunt nedum de linguarum quocumq; usu; adeò, ut & Latina, & Græca, & Ibera, & similibus legari posse asseverent, sed etiam de quibuscumque verbis, & loquendi formulis: unde & verbis imperativis, & precarijs, itemque illis (*depute, assigno*) & similibus legari hodie validè posse concludunt, ut sequutus quosdam ex Repetentibus ad jura prædicta, tradidit *Menochius de præsumptionibus lib. 4. præsumpt. 105. & Franc. Barry de testam. lib. 9. tit. de legatis cap. 2.* Item volunt legata ex verbis ineptis, aut contrarijs aliquando per interpretationem elici posse cum *Mantica de coniect. ultim. volun. lib. 3. tit. 17. num. 4.* & ex nutu, aut ex signis etui post *Gomez. variarum tomo 2. cap. 12. num. 1. Barrynum ubi sup. lib. 9. tit. 1. num. 9. Capicium Latro consult. 71. num. 19.* quod magis, ac magis in legatis pijs dicendum esse monet *Rubeus* ubi suprà, & proindè non multum esse, quod *Simon de Pretis* scripsit *de interpretatione ultimarum voluntatum lib. 4. dubitat. 5. num. 9.* de certitudine legati elicienda à quibusdam signis, & coniecturis, & qualitatibus quoquo modo expressis, jactant Practici omnes, dum putant ad validitatem legati sufficere, vel coniecturata testatoris volũtas quocunq; modo expiscata, nam ita post *Rotæ decisiones, & Peregr.* sententiam *de fideicomm. art. 1. nu. 46.* tanquàm certum assumpsit, & tradidit *Rubeus citato cap. 47. & cap. præcedenti num. 281.* Et cum vulgo idem existimetur esse legare, quod fideicommittere, & è con-

17 trà; ex hoc deducit *Consiliarius Staybanus resolut. 16. num. 6.* matrem, quæ in terminis Neapolitanæ cõsuetudinis de novem partibus propriè dotis legare prohibetur, prohiberi quoq; fideicommittere quamquam ego hoc admitterem ex identare rationis potiùs, & ex mente statuti, quam ex allata ratione, quod idem sit legare quam fideicommittere.

Porro quamvis Brocardicum illud passim nostri in ore habeant, quod dominium rei legatæ transit rectà via in legatarium, nec distinguere soleant, ut debuissent inter legatum vindicarionis, vel perceptionis, & reliqua legara, & hinc etiam ignoranti acquiri, & à legatario transmitti, si prædecesserit volunt ut ex *l. si cum Pater 79. §. fundo D. de legat. 1. l. si post diem 5. D. quando dies legati cedat*, & concordantibus notant *Surdus in consil. 253. num. 15. & in decis. 25.* ubi *consil. Hodierna in additione, Rota Romana coram Panzirolo decis. 189. num. 5. & Peregr. de fideicomm. art. 47. num. 78.* sunt tamẽ plerique

18 qui id ipsum fatentur, quod Faber hic *nu. 27.* & pro certò habent non licere legatario propria autoritate rem sibi legatam occupare, id ei vetante Prætoris edicto, cujus quidem edicti Ratio cum notissima sit, nempè quia æquissimum Prætori visum est, neminem sibi occuparis legatis jus dicere, ostendit illa insulsissimam aliam esse, quam prætexunt *Repetentes, & Pragmatici*, & adducit *Rubeus de testam. cap. 63. num. 149.* post *Castrensem in l. non dubium C. de legatis, & Gomezium variarum tomo 1. cap. 11. tit. de legatis n. 10.* scilicet ideò non licere legatario propria authoritate rem legatam occupare; quoniam prætendens causam lucrativam offendit libertatem testatoris; quasi is qui voluntatem testatoris exequi vult, atque consequi intendit quod testator jussit eum habere, is libertatem ipsius testatoris offendat, non potiùs magnifaciat, & observet.

19 Utcumque tamẽn sit, illud certum est, quod ad Regulam prædictam, quæ statuit nõ licere legatario propria authoritate rẽ legatam sibi capere, nonnullæ ex his quæ in praxi obtinent accommodari debent exceptiones, quarum prima illa est, quod Prætoris edictum, ità jubens habet locum in primo fideicommissario, aut legatario, nõ item in secundo, & tertio, quos primo, aut secundo subrogavit testator; siquidem & si primus à manu hære-

hæredis, non tamèn secundus à manu primi, aut tertius à manu secundi accipere cogetur, ut *Argelius* post alios adnotavit *de legitimo contradictore quæst. 1. artic. 2. & Marescottus variarum 1. cap. 1. num. 17.*

Secunda exceptio est, dummodò fuerit ab hærede scripto adita hæreditas; alioquin, ea non adita poterit legatarius, quæ sibi legata fuit præcapere, & propria autoritate speciei legatæ legitimam nancisci possessionem, hancque exceptionem passim receptam constat ex *Gratiano discept. cap. 542. nu. 1. Gabrielio com. concl. lib. 5. tit. de acquirenda possessione concl. 1. num. 98.* Unde *Teodorus alleg. 18. nu. 65.* dicebat post *Surdum, & Peregr.* quod legatarius, qui hæreditate vacante, possessionem nactus sit rei legatæ, erit etiam adversus hæredem ipsum manutenendus in eadem possessione.

Et quanquàm *Consil. Staibanus in resol. 99. num. 76.* post eundem *Peregr. & Argelium* contrà hanc secundam exceptionem insurgat in terminis fideicommissi, & nequaquàm licere fideicommissario, & si hæreditas fuerit vacans propria autoritate occupare rerum hæreditariarum possessionem, contendat; id quod mordicus tenet in *observ. 4. num. 38.* post *Surdum, Peregr. Farinacium*, & reliquos sequutos ab *Andreolo contr. 69. a n. 7.* attamèn faciliter occurri poterit; horumque objectiones vitari; siquidem cum omnia eorum argumenta unicum illud fundamentum habeant, quòd hæredi debeantur quartæ, & deductiones, ratione falcidiæ, aut *Trebell.* & similium, & proindè tam *Teodorus*, quam alij occupationem concesserant, dummodò quartæ istæ, & deductiones non deberentur, hoc unicum fundamentum subvertitur & prætextum diluitur, cum præstatur per legatarium, aut fideicommissarum cautio, qua securus hæres reddatur, detractiones sibi debitas quãdo libuerit, aut quartas se habiturum, ut post *Corneum, Gabrielium, Cacheranum, Surdum, Fusarium, & Alexandrum Randentem* cõsuluit *Reg. de Marinis quotid. 1. c. 241. nu. 6.* cujus sanè sententia justissima, & æquissima est, ea namquè consulitur hæredi, ut quod sibi debetur consequi possit, & efficitur, ne ipse frustari pro libito legatarium, & fideicommissarium possit protracta ad longum tempus hæreditatis aditione ad hoc, ne illi actionibus sibi à Jure præstitis uti possint; unde ita legatarijs quoque, & fideicommissarijs consulitur.

Tertia exceptio, quam Nostri tradunt, ultrà etiam progreditur, & si fideicommissarius, aut legatarius possessionem legatarum rerum, aut hæreditariarum nactus, in promptu paratus sit de jure suo docere, ostendatq; sibi rem, cujus possessionem nactus sit debitam esse; manutenendum cum in possessione contendit, adeoque legitimum contradictorem ipse hæredi fieri concludit post *Guidonem Papam decis. 483. Peregr. de fideicomm. art. 48. num. 4. in fine*, aliosque, ex quibus *Capicius Latro decis. 108. num. 46. & Consil. Rosa consult. 40. num. 24.*

Quarta exceptio erit si ex jussu, & voluntate testatoris legatarius sibi legata capiat; nam si testator dedisset facultatem legatario, aut fideicõmissario propria autoritate capiendi: nemo dubitat, quod nullo expectato hæredis facto, justè capiet. *Aretinus consf. 37. Marescottus* ubi supra; dubium tamen in eo est, an hujusmodi licentia, & authoritas capiendi, expressis, & apertis verbis dari oporteat, an verò sufficiat si ex verbis ipsis, quibus testator usus fuit eliciatur; & sufficere si eliciatur ex verbis, plerique volunt; unde si testator directis verbis usus fuerit, dedisse licentiam firmat *Antoninus Amatus*, quem Nostri sequuntur *variarum resol. 39. num. 179.* Cujus sententia si vera est, jàm sibi parum constantes Pragmatici admittent, nonnihil interesse, an testator verbis directis, an verò precarijs, & obliquis usus legaßet, atque esse adhùc differentias inter legatorum genera, & legandi modos, contrà quam passim jactant, affirmabunt.

Et rursùs si verum est, quòd Plerique adnotant, nempè datam hanc facultatem capiendi propria autoritate relictamque censeri si testator dixißet, legatarios, & fideicommissos se habere velle quod eis relictum est, *omni modo meliori*, ut post *Peregrinum, Curtium, Beroum, Houdedeum*, & cæteros adnotant *Mastrillus decis. 72. num. 4. Capicius Latro citata decis. 108. a num. 33. & Marta de successione legali par. 4. quæst. 19. art. 1. num. 7.* alijque apud *Reg. de Marinis quotid. 2. c. 88. num. 11.* jàm ad indagandum quibus verbis usus fuerit in legando, aut fideicommittendo testator sollicitos nos esse debere, fatendum erit.

Quinta exceptio ex potestate data in casu alienationis extrà familiam, cæteris de familia propria authoritate ingrediendi possessionem rerum per fideicommissum in favorem agnationis institutum relictarum, deducunt Nostri cum *Gratiano discept. forensium cap. 954. nu. 22. Fusarium de subst. quæst. 613. num. 26. & quæst. 672. Surdum decis. 333. & Regentem de Marinis dicto lib. 2. cap. 88.* ubi plena manu de hujusmodi exceptionibus, & limitationibus disserit.

Sexta exceptio suprapositis à *Regen. de Marinis* adductis addenda erit, de legato facto ad piam causam; nàm ejus possessionem capere authoritate propria pia causa poterit juxtà tradita à *Tiraquello de privil.* pia

*pia causæ privil.*45. ubi *Riccius in addit. & in collect.*215.*par.*1. & à *Novario de privil.miserabilium personarum privil.* 45. *Menochio de adipiscenda possessione remedio* 2. *nu.* 86. alijsq; à quibus *Torus in summa privil. pia causa privil.*245.& noster *Faber in C.tit.de Sacros.Eccl. defin.*39.*num.*3.

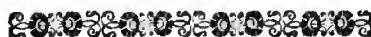
20 Quod si non ptopria autoritate, sed actionibos sibi permissis uti legatarius ad consequendum legatum voluerit, an viam, ut dicuot exequutivam habeat, in controversia poni solet, sed frequentiùs placuit distinguẽdum fore, utrum hæres testamentum simplicitèr acceptaverit, eoque usum hæreditatem adiverit, nullamque habeat adversùs legatum oppositionem, an vero vel testamento simplicitèr osus non sit, habeatque aliquid, quod justè opponat, aut tale appareat, & id legatario objiciat, & primo casu agi via exequutiva posse, secundo non item, concluditur post *Baldum*, *Gulielmum de Benedictis*, *Rodericum*, *Suarez*, *Didacum Azevedum Sesse*, & similes, ut scripsit *Doctiss. Præses Merlinus contr.*2.*cap.*2.*nu.*76. qui eo in loco conciliare nititur dissentientes opiniones, nempè eorum qui post *Angelum* viam exequutivam dandam legatario pro legati consequutione scripsère, atque in praxi recepère, ut testatur *Regens de Marinis quotid.* 1.*cap.*141. cui assentitur *Cons.de Rosa consult.*4. *num.*22. cum altera opinione eorum qui defendunt post *Alexandrum in l.si cum §.cum eo autem num.*6. *D. soluto matrimonio*, & *Decium ad l.fin.n.*16.*C.de edicto Divi Adriani tollen.* semper legatario opus esse, expectare, ut sententia à Judice adversus hęredem solvere detrectaotem, ut præstet legata pronuncietur, id quod nisi lite ordinaria instituta fieri nequit, & proinde viam exequutivam legatario denegant, ut *Rodericus Suarez* advertit in *l.post rem judicatam notabile* 3. *vers.sextus casus D.de re judic.*, & in foro obtinere pleriq; volunt cum *Rota Romana in decision.* de quibus *Tomatus decis.* 49. *num.* 3. & *Paulus Rubeus decis.*164.*num.*8.*tom.*3.

21 Hinc cum variæ Nostrorum seotentiæ fuerint, & oppositæ, ut vix felicitèr, & undequaqoe concilientur; investigandum potiùs in hac materia oportere credebam quodnam illud sit, quod *Justinianus* noster in illa sua *Novella prima cap* 4. sive in §.*illud quoque prospeximus Aut.de heredib.& falcidia* sanxerit. Et sanè si atrentè illius verba pensitemus, inveniemus eum potiùs viam exequutivam legatario præstare, quam otdinariam litem velle, & sententiam Judicis exquirere, uti ab *Aut.Contio* delusi affirmabant oonnulli. Etenim quod scriptom in citata Novella extat (*initium autem anno damus, sicut priùs jàm diximus, admonitionem ex judiciali decreto*) id innuit ioterlocutorio, ut vocant, & admonitorio decreto, non condemnatorio opus esse; unde *Dion.Goth.* adnotavit lit. I. quod annus in tex. præfixus currere incipit non ab aditione hæreditatis, neque à condemnatione, sed à conventione Judicis, idve importare Græcũ verbum ὑπομνήσεως, quo *Justinianus* usus est, quasi diceret, solâ Judicis cõventionẽ sufficere, atque eandem solam in mora constituere hæredem ita ut cogi possit, atque ità via exequutiva agẽdum innuit, quod autem ipsum, & *Basilicorum libris* confirmatur; nàm in illis eadem *Novella* 1. relata *lib.* 41. *tit.*4. *de heredibus, & falcidia*, hæc habet loco citato (*initium autem anno damus ex admonitione Judicis decreto facta*. Quod si dixeris ità loqui in *Basilicis* Novellam, quoniam ità vertit *Gregorius Holoander*, quæ versio non placuit *Contio*, & seqoacibos; Respondeo sufficere quod placuerit versio eadem *Carolo Hannibali Faброto*, alijsque doctissimis viris. Cæterùm ex Græcorum Interpretum scholijs hoc ipsum probari; nàm *Græci* ad *lit.A.* adnotatum reliquère, *si hæres quod solvere jussus est non impleat intrà annum ab admonitione Judicis numerandum ex aditione hæreditatis*, & in his verbis quæ non transtulit *Holoander* quis nõ videt admonitorium decretum exigere Græcos Græci sermonis Constitutionis *Justinianeæ* apprimè gnari, & non seotẽtiam diffinitivam? Et quis non videt, quàm suspecta sit *Juliani Patritij epitome hujus Novellæ* t. si tamen ità legeoda est, ut vulgò circumfertur, & quam malè *Contius* illi fidere voluerit quando ipse oon esse fideodum epitomis, & translationibus admoouerat, & quando quid sibi velit *Jul.* parum constat dum admonitum hæredem vult, sed admonitum per judicialem sententiam, quasi quod judicialis sententia admooeret non condemnaret, & qoasi verbum Græcum quo *Justinianus* in Novella utitor non significaret ut significat, *Conventionem*, & non *Condemnationem*, ut rectè *Cujacius* advertit, & *Ritershusius* dum adversus *Balduinum* concludunt; annum præfigi hæredi à die quo conventus est, oon à die quo condemnatus ut perperam ipse *Iulianus*, & *Contius* existimabaot.

Nec *Contij* senteotiam juvat, quod subtilitèr certè ponderabat *Regens Merlinus* scilicet in §.*princ. Iustinianum* ità loquutum (*nullam aliam talium quæstionum, aut litium transcendere*) atque ità ab eo indicatum pro legatorũ consequutione instituendam litem, unde cum lis non alia sit, nisi quæ per diffinitivam sententiam terminetur, oporteat dicere non interlocutorio decreto, sed sententia, & judicio opus esse. Etenim respondeo, quod quanquam in *Iustiniani* verbis græcis, non admodum rigorosè sermonis latioæ sigoificatio-

tio, & verborum proprietas exigenda foret, nec posse ea ad Juris Consultorum normā & significationes adamussim, strictim pensitari unde lis apud *Justin.* non tam rigorosè sonat, ut apud J. Consultos, adhùc si id exigamus. Invenìemus *Justin.* potuisse nec malè litem appellare quamcunq; controversiam, & quamcunque detractionem, quam morosus debitor opponeret, sive talis quæ judicium ordinarium exposceret, sive quæ exequutivo contenta esset, & proindè eo quod omnes illas intrà annum terminari volebat verbis generalibus usum esse; potuisse quoque, cum accepta lite pro judicio ordinario, & de illa loqui quoniam non definiebat quo modo legatarius acturus, sed quæ heres opponere potuisset; atque cum sciret posse hæredem talia opponere quæ litem exigerent, & sententiam, statuit & has infra annum finiendas, atque ita decidit multò magis finiendas intra annum, quæ interlocutorium decretum tantummodo exposcebant. ideò autem hoc secundum non expressit quia opus exprimi non erat; quis enim, non intelligit, multò magis resecandas controversias velle *Justin.* intra annum, in quibus cum non tanti momenti oppositio foret exequutiva via agebatur, dum etiam illas intra annū terminari voluit quæ majorem patiebantur difficultatem, & definitivam sententiam expectabant.

Concludendū igitur, nec Novellam *Justiniani Contri* sententiam probare, nec nisi admodum rarò, & justis de causis imponendum legatarijs, ut via ordinaria agant, & sententiam expectent condemnatoriam, & tunc demum scil. cum facti circumstantiæ, ità omninò exigunt, ut exegisse apparet in fa specie, de qua *Reg. Merlinus* tractat, & à Sacro Consilio Neapolitano ità ut refertur definita fuit.



CAPUT II.

Agitur de interdicto quorum legatorum ad l. 1. §. si quis D. quorum legat.

SUMMARIUM.

1 *Quid Veteres, & Neoterici de interdicto quorum legatorum.*
2 *Error Fabri.*
3 *Reicitur Teutleri consideratio.*
4 *Prag. fatentur idem quod Neoterici, & Cujacius.*
5 *Si certus, hæres de quarta est quoniam ei cautum, non aget interdicto.*
6 *Sed contra.*
7 *Conciliantur opiniones.*
8 *Pragmatici sentiunt contra Fabrum.*

1 UT proponeretur interdictum *quorum legatorum* duplicem fuisse causam, alteram scilicet legatariorum audaciam, alterā *l. falcidiæ* detractionem ex §. *etenim*, & ex §. *si mortis l. 1. D. quorum legatorū* rectissimè plures ex veteribus Interpretibus post *Odofredū*, & *Albericum*, & ex *Neotericis* nonnulli, & præcipuè *Jacobus Cujacius in Paratitlis Digestorum* ad hunc *tit. quorum legat.* & *Wesembecius in Paratitlis* suis ibidem docuère quod ipsum quoque adnotavit *Dion. Gothofr.* in notis ad *d. §. si mortis*; & alij, & quanquam *Ripa* visum esse legis falcidiæ rationem non esse considerabilem, errasse eum Veteres monuère, sicut & errasse *Treutlerum*, qui illum sequitur ostendit *Bachovius* in notis *volum. 2 disp. 25. de interdictis Thesi 2.*

2 At ex his constat; & *Fabrum* quoq; errasse, dum in hoc capite scribit quod non fuerit falcidiæ detractio una ex causis interdicti proponendi; quando ut supra dictum est, tum ab Interpretibus Veteribus tum à Recentioribus oppositū probatum est, & quod hoc interdictū, propter *l. falcidiæ* deductionē fuerit propositum. nec movet ratio illa quod in donatione causa mortis interdictum cesset, siquidem, & si dicamus falcidiæ rationem habitam in interdicto proponendo, dicimus etiā non solam falcidiam in causa fuisse, sed cōjunctam cum occupatione rei; & ideo cum in donatione tanquā illa quæ traditione nititur facta ab ipso testatore occupatio cessat, cessat quoque interdictum, nam & in legato quoque cessare potest interdictum & non cōpeteret si cesset occupatio. finge legatum ab ipso testatore legatarium accepisse, quis dicet eum sibi jus dixisse occupatis legatis, cum possessionem, non occupatione, sed traditione rei ab ipso testatore facta nactus fuerit? igitur nō benè ex eo quod in donatione causa mortis non est locus interdicto, concludetur falcidiam non fuisse unam ex causis interdicti, quanquam concludamus, non fuisse causam totalem, sed partialem, & tunc causam quando cum periculo occupationis conjuncta; Cæterùm cum data occupatione rerum causa mortis donatarum adhùc falcidia hæredi sit salva, & hoc contingere etiam posset respectu legatorum, oportebit dicere, quod diverso modo ex *D. Severi Constitutione* detrahatur quarta à donationibus causa mortis ab eo quo per legem Voconiam, & falcidiam detrahi concessum est à legatis.

3 Quod autem *Treutlerus* ex *Zasio* movet, scilicet dari posse, ut falcidiæ quidem locus non fit, & tamen quia hæreditas magno ære

alieno gravata est; agendum sit adversus legatarium, qui nolente hærede, legatas res occupasset, non stringit: etenim in hoc casu alia remedia suppetunt, nec opus est interdicto *quorum legatorum* hæredem experiri, aut illo uti, nam, & creditores ipsi agere possunt & hypothecaria aut alijs actionibus sibi competentibus res vindicare.

4 Sed his relictis illud certissimum est, quod apud Nostros hoc interdictum *quorum legatorum* inter ea interdicta annumeratur, quæ adipiscendæ possessionis sunt, daturque hæredi adversus legatarium, qui authoritate propria rem legatam occupavit, ut ex *l. 1. D. quorum legatorum* docent alios sequuti *Gutierez p. 2. resol. cap. 21. n. 4. Menoch. de adipisc. remedio 2. n. 2. & Maranta in suo speculo p. 4 dist. 7. n. 7.*

Cæterùm ipsimet Nostri ideò hujusmodi interdictum hæredi præstandum volunt, ut ei in falcidia detrahéda consultum sit, ut *Marta* in summa *success. p. 4. q. 16. art. 1. & Marescottus variar. 1. cap. 1. n. 14.* testantur; & ideo falcidię detractionem unam ex causis suisse illud proponendi concedunt cum *Menochio*, ubi supra; atque idem sentiunt quod *Cu-*

5 *jacius*, proindè si aliter securus hæres reddatur interdicto adversus legatarium non experietur, veluti si is cautionem offerat, sicuti *R. Marinis* supra adductus dicebat in fideicommissario; nàm si is caveat se quartam *Trebell.* exsoluturum inquietandus interdicto non erit, ut & citatus *Consiliarius de Rosa* monet *consult. 4. n. 25.*

6 Verùm enimverò quamvis hæc doctrina, & recepta, & æquissima sit, adversatur tamen his, quæ tradit Juris Consultus in citata *l. 1. §. quod ait Pretor, & in l. 2. §. si per legatarium D. quorum legatorum*: siquidem *de Marinis, & Rosa*, cæterique quos sequuntur, exigunt à legatario, & fideicommissario cautionem de solvenda quarta ad hoc ut interdicto locus non sit. Contra vero Juris Consultus exigit ab hærede cautionem, ut agere interdicto possit. Sicque nisi de legato, vel fideicommisso præstando legatarijs, aut fideicommissarijs caveat hæres, interdictum ei non competere, disertè advertit nedum *Cujac. lib. 10. obser. cap. 28.* sed ex *Pragmaticis Menoch. de adipisc. remedio 2. cap. 93. post Cravettam cons. 202. n. 2. cons. 231. n. 2. & cons. 298* unde fit ut apud Juris Consultos in *d. l. 1. & 2.* melior conditio legatariorum sit, quibus nisi caveatur, hæredi interdictum non datur, apud de *Marinis, & Rosam* melior conditio hæredis, cui nisi caveatur interdicto aget adversus legatarios: at in utraque sententia, & si opposita illud, verum est quod eadem æquitatis ratio, quæ movet Juris Consultos, ne legatarij interdicto inquietentur, nisi certi fuerint de legato consequendo, eadem movit Nostros Pragmaticos ne inquietari eosdé legatarios patiantur, quando hæres jam certus est suam quartam habiturus. Quod si

7 quis dicere vellet utramque sententiam pro tempore amplectendam, & cum de legato aliqua est dubitatio rem penès hæredem stare debere, sufficereque, ut legatario caveatur, at cum incertum sit, an falcidia debeatur, reapud legatarium relicta contentum hætedem esse debere, quod sibi caveatur, is qui ita dicat, pro se habebit, & textum in *l. 1. D. si cui plusquam per legem falcidiam*, & alia Juris non obscura responsa.

8 Denique & illud adnotandum erit, quod ex his, quæ scribunt *Capycius Latro decis. 108. num. 46. & Consil. Rosa* citata *consult. 40. n. 24.* & alij constat *Pragmaticos* sentire, quod hujusmodi interdicta *quorum legatorum* fuerunt prodita, ut hæredibus succurreretur; adeòque in illis de interesse hæredis agi, cumque considerari quod certè adversatur his quæ *Faber* in hoc capite inculcat.



CAPVT. III.

Explicantur nonnulla, de Trebellianica, & Falcidia earumque deductione ad l. in ratione 30. §. tametsi D. ad l. falcidiam.

SVMMARIVM.

1 *Fabri ratiocinatio.*
2 *Non rectè procedere ostenditur.*
3 *Secunda Fabri assertio.*
4 *Reicitur.*
5 *Tertius error.*
6 *Revelatur.*
7 *Quartus error.*
8 *Refellitur.*
9 *Quintus error.*
10 *Ostenditur.*
11 *Adest nihilominus differentia aliqua inter falcidiam, & Trebell.*
12 *Quid Pragmatici.*
13 *An possit falcidia, & Trebell. prohiberi filijs primi gradus.*
14 *Pragmatici fatentur diversam esse, imputationē in falcidiam ab imputatione in Trebellianicam.*
15 *An legata imputentur, varia quæstiones apud Nostros.*
16 *Dos non imputatur in quartam Treb. & falc.*

17 *An-*

17 *Augumentum dotis imputatur.*
18 *Emphyteusis non imputatur.*

1 Quoniam quæ in quartam falcidiam imputentur, quæ verò in Trebellianicã, & quid nos circa earum deductiones sentiremus, scripsimus in *Suspicionum libris* in præsenti nil aliud agendum restat, quàm ostendere quod quæ *Faber* conjectavit hic, remerè conjectavit.

Ait ille primò, verum esse, quod vulgò dicitur quartam Pegasianã à quarta falcidia in multis differre, præcipuè in eo quod in pegasianam imputantur, etiam ea quæ cõditionis implendæ causa dantur non item in falcidiam, idve ea de causa contingit, quod in falcidiam imputantur tantum illa quæ jure hæreditario hæres capit, in quorum numero non est quod conditionis implendæ causa accipit; in Trebellianicam vero, nonque jure hæreditario tantum, sed omnia sivè legati, vel fideicommissi, sivè etiam deductionis, perceptionis, retentionis, & mortis causa hæres habuerit, ut ait *Marcianus in l. in quartam D. ad legem falcidiam.*

2 Sed ita non rectè *Faber* ratiocinari, quanquàm alios sequatur, facilè poterit ostendi; nam & si Verum sit, differentiam inter unam, & alteram quartam adesse, falsum tamen est quod pro ratione hujus differentiæ affert, nempe quod in Trebellianicam nedum quæ jure hæreditario, sed omnia imputentur, falsum quidem, nàm ipsemet *Hugo Donellus cõment. 7. cap. 30.* (à quo *Faber* primum, & postea *Osualdus* in notatis, *& 8. comment. cap. 7.*) & si strenuus hujus assertionis defensor, præ legata tamen excipit, neque tam indistinctè, ut *Faber*, loqui ausus est, & sanè *Marcianus* cujus verbis abutūtur quotquot eum ipso *Donello* sentiunt, ait quidem postquam de his, quæ conditionis implendæ causa dixisset, & imputari ea monuisset, *in fideicommissaria hæreditatis restitutione imputari, & ea quæ perceptionis causa, aut deductionis, vel retentionis* obveniūt, sed non ait integra ea imputari, sed *quæ jure hæreditario capit*; nam cum generaliter dixisset in *d. l. in quartam* 91. *D. ad l. falcidiam* §. 1. sed *in fideicommissaria hæreditate restituenda sive legatum, vel fideicommissum datum sit hæredi sive percipere, vel deducere, vel retinere jussus est in quartam id ei imputatur.* Subiungit *pro ea verò parte, quam accepit à cohærede extrà quartam, idest quod à cohærede accipitur*, atque ita nos monet quod in his, quæ percipere, vel deducere, aut retinere jussus est, adest pars, quam non imputare teneatur, scilicet illa, quam à cohærede accipit. nec dubium est, quod hoc si Interpretes omnes advertissent, aut subtiliter omnia *Marciani* verba perpendissent, aut lectionem integram invenissent. deficit enim à lectione, quę circumfertur particula (*est*) librariorum incuria deleta post verbum extrà quartam; cum tamen scriptum esse deberet, & *extra quartam est*, cæterùm quanquàm non adsit, adesse debuisse dignoscitur, & ac si adesset, erit *Marcianus* exponendus; quoniã si aliter explicetur; erit Primò integra illa clausula, *pro ea verò parte, quam accipit à cohærede extra quartam idest quod à cohærede accipitur*, dispungenda à lectione recepta, tanquàm ea, quæ adversaretur alijs juribus, aut saltem prorsus inutilis remaneret; deinde dispungendum esset Juliani Responsum in *l. Titia ad legem falcidiam*, aut subvertendum ut infrà *Faber* facit. Sicque ne in hæc absurda incidamus, dicere nos oportet quod *Marcianus* proponat quidem differentiam inter falcidiam, & Trebell. & proponat etiam circa ea quæ implendæ conditionis causa dantur, uti & proposuit *Gajus* in *l. id etiam 76. eod. tit. ad l. falcidiam*, sed sermonis occasione dictis addidisse id quod etiã in *Trebell.* imputatur, non eo tamen fine ut nobis significaret quod in his etiam differant, ut latiùs in dictis *Suspicionum libris* diximus.

3 Ait secundò *Faber*, quod ex eo quod per legem falcidiam Civi Romano restituta libera testandi facultas fuerit, quæ per leges Furiam, & Voconiam reperiebatur diminuta, sed sub ea conditione fuerit, ut de solo dodrante legaret, sequitur, ut hæres ipso jure quartam habeat, ideòque si quid ei relictum per fideicommissum, aut ab hærede legatum fuerit, non imputare oporteat in quartã, quæ jam ei confecta fuit sola legis potestate, & priusquàm testator, vel ipsi hæredi, vel alij ulli legatum vel quamvis aliam rem reliquisset.

4 Sed ecce secundus error; nàm sequeretur ex hac ratiocinatione in quartam falcidiã nulla ex parte imputari legatum, vel fideicommissum, cum contrarium ipsemet *Marcianus l. in quartam* 91. fateatur dicẽs quod in quartam falcidiam imputantur res, quas jure hæreditario capit, non quas jure legati &c. At res illas hæres jure hæreditario capit, quæ eidem hæredi legatæ sunt cum pro parte à semetipso accipere eas nõ possit, unde capit sed hæreditario jure non jure legati; hæ tamen cum pars legati sint, faciunt ut legatum pro parte in falcidiam imputari dicamus; hinc si quis vellet asserere quod res illas accipiat hæreditario jure hæres in proposito, quas accipit uti institutus, & in quibus fuit institutus, is ineptire, videbitur, & à materia de qua agitur prorsus aliena proferre; & primò quia incassum moneret Juris Consultus ea imputari in falcidiam cum certo certius sit, quod hæres, qui in sua portio-

ne hæreditarium quadrantem, aut integrum habet, aut diminutum, semper illud in totum aut in partem in falcidiam sibi imputat, Secundò, quia frustra de falcidia quæreretur si habeat hæres ea quę apud se remanent, & in quibus institutus est, unde ad summum de supplemēto tātum cogitabit, & deniq; adversus *Fabrianam* ratiocinationem facit, quod si falcidiam ipso jure à lege sibi confectā hæres haberet; inutili quodam circuitu, res sibi legatas pro parte hæreditario jure capiet, & deinde in falcidiam imputabit..

5 Ait tertiò *Faber* per *Senatus Consultum* Pegasianum non ità cautum, ut per legem falcidiam; nàm non prohibitum à *Senatu* ut à *lege* falcidia fuit ne integram testatoe hæreditatem fideicommissis exhauriret: sed dumtaxàt concessum hæredi, ut quartam retineret.

6 Sed in his tertiò errat; dùm *Justiniani* verba, quæ extant in §. *sed quia haredes instit. de fideicomm. hared.* veluti essent illa individualiter quibus conceptus *Senatus Consultus* fuerat explicat, & perpendit non videns *Tribonianum*, tum quia parum de subtilitatibus sollicitus, tum quia Tironibus loquebatur eo in loco, effectum dumtaxàt *Senatus Consulti* retulisse, sed verbis suis, non autem verbis proprijs illius, & sanè effectus non alios erat, quam, ut hæres quartam detrahere posset; Cæterum ex eo quod ipsemet *Tribon.* pronunciat, *atque per legem falcidiam ex legatis retinere conceditur* non obscurè innuitur quartam Pegasianam codē detrahi modo, unde credimus eamdem prohibitionem testatoribus factam ab utraque lege. Nec *Triboniani verba* mox adducta recipiunt interpretationem à *Fabro* propositā *n.*4. scilicet ut nil aliud significent, nisi qnod sicuti ex legatis, ità ex fideicommissis detrahatur quarta; non quidem recipiunt; nam non sic scripsit *Tribonianus* Senatum censuisse etiam ex fideicomm. quartam retinendam, sed apertis verbis sic *perinde licere quartam partem retinere, atque per legem falcidiā*, qoibus convīncitur *Senatus Consulto* nil aliud actum, quam porrectam legem falcidiam, & productam, & quæ de legatis sancita extensa quoque ad fideicommissa. Hinc Juris Consulti id animadversi, quartam, quam nos dicimus *Trebell.* aut Pegasianam, appellant sępè sæpius falcidiam *l.*41.§.3. *D. de vulgari l.* 10.*l.*3c.§.7.*l.*47.§.1.*l.*86.*D. ad l. falcidiam*, & passim in *Digestis*, qoos, & *Imperatores* sequuti sunt in *l. sicut allegas* 11. *C. ad legem falcidiam in l. si tacitam* 17. *C. eodem* alijsque in locis, ex quibus alij longè ante me observarunt, præcipuè *Brissonius* in libris de verborum significatione *Broeus* in citato §. *sed quia*. Quòd si attendamus quæ *Faber* ipse de fideicommissis singularibos sub *num.* 12. scripsit, nempè, & in illis qoartam falcidiam locum habere, nonnè clarissimè sequetur ipsiusmet legis falcidiæ potestatem ad fideicōmissa esse tractam; sed hoc factum, ait *Faber*, potiùs per prudentum interpretationē, quàm per *Senat. Consultum*, qui solus de retentione quartę loquutus est, sed quæsò, Quis ei hoc revelavit? an somnia sua, veluti Juris prudentiæ oracula nobis vendere se posse credidit? Certè à nobis *Justiniano* præstanda est fides, qui indistinctè testatur falcidiam productam ad fideicommissa ex Pegasiano *S. C.* productam verò ad fidęicommissa tum singularia, tùm universalia ex eo apparet, quod si solum ad singularia fuisset nō indistinctè loquutus *Justin.* sed singillatim de particularibus, & relicta quoque de hac specialitate monita in juris nostri libris forent, vel ejus vestigia superessent.

7 Ait quartò si per errorem totum fideicommissum solutum fuerit nō esse repetitioni locum ex causa quartæ *Trebell.* uti esset, si integra legata soluta fuissent ex causa legis falcidiæ, sed cum falsum hoc sit, eum quartò cōstat errare, quippequod etiam ex causa quar-
8 tæ *Trebell.* locum repetitioni disertè rescriptum extat à Gordiano in *l. error* 9. *C. ad l. falcidiam*, quod si *Faber* vidisset, ut debet, non tàm securè pronunciasset id nullo juris loco esse scriptum, quinimmò, & idipsum respondet *Pompon.* in allegata *l. hæres* 21. *D. ad Trebell.* dùm & si non totius hęreditatis, repetitionem concedat, concedit tamen rerum hæreditariarum, sive earum quousque ad conficiendam quartam opus sit.

9 Ait quintò quod maritus restituere uxori jussus, si non detrahat qoartam, sed integrum quod jossus est, restituat, non videtur de suo donare uxori; sed potiùs pleniùs fidem testatoris præstitisse: quod non evenit in eo qui legatum uxori integrum non detracta falcidia præstat. Verum & in hoc errat
10 quintò; nam & si cum de hæredis fide æstimanda agimus, magis, ac magis in considerationem ea veniat, si de fideicommissis tractetur, quam si de legatis, qoippequod illa ex sola fide ipsius hæredis olim pendebant Et si nùnc Juris necessitatem admixtam habeant: attamèn si potissimam rationem spectemus cur maritus restitoens integram hæreditatem quarta non detracta, non videatur donare; illam, inveniemus esse quam *Vlpianus* proponit in *l. si sponsus* §. *si maritus D. de don. inter virum, & uxorem*, quia scilicet non fit pauperior is, qui non acquitit, quæ ratio cum etiam militet cum non detracta falcidia legatum præstat maritus uxori, facit ut vera non sit differentia qoam gratis invehit *Faber* inter trebellianicam, & falcidiam, &

tanto

tanto magis quia cum *Vlpianus in d.§. si quis rogatus* de fideicomm. tractet secundum propositam speciem, attamen duas affert rationes ex Celso, una quod fidem maritus magis exsolvit, quàm donat, altera quod nec de suo proficiscitur quod de alieno plenius restituit; & affert illas nimis generales & quæ in legatis militent, in quibus etiam verum, quod multo melius exequitur voluntatem defuncti, qui pleniùs præstat, quam qui detracta falcidia, ut ex *Marcello* constat in *l. si patronus 20. §. de illo D. de donationibus*, *Marcelli* enim Responsum illud esse, nemo non videt, & non agnoscit quam suavis sit *Faber*, qui cum in aliquod Responsum sibi adversans incidit, aut dissimulat illud, aut effugit assidua recitata cantilena quod illud *Triboniani* sit non Juris Consulti.

11 Fateor tamèn ego, ut à principio fassus sū diversitatem esse intèr unam, & alteram quartam in his, quæ implendæ conditionis causa dantur; nàm hæc non imputari in falcidiam apertè *Gajus* Respondet *in l. Id autem 76. §. at imputari in Trebell. & Marc. in l. in quartā 93. §. sed, & quod D. ad l. falcidiam* scribit. Fateor etiam obstare, quod ex *Meciano* Refertur in *l. in ratione 30. D. ad l. falcidiam §. tametsi*, quippe ibi cum proponatur in quartam falcidiam non imputari quæ conditionis implendæ causa hæredi præstantur, adijcitur in fideicommissaria hæreditatis restitutione imputari, quæ non expressa conditionis figura accipere jussus est hæres; quando hoc ultimum, locum habere etiam in falcidia, unde corruptum textum, ideòque quomodò emendandus scripsi *Suspicionum libris*. Cæterùm nego *Fabrianam* emendationem recipiendam, & quia in ea tyrannū potiùs quàm medicum agens, sana membra, & putrida promiscuè secat, non enim illa verba (*ab eo cui*) dispungenda erant, neque eorum vice reponendum (*ab eis, quibus*) eo, quòd infrà sit scriptum *dari sint jussi*; dum scimus sæpè sæpiùs solitos Juris Consultos variare numerum, & ex singulari ad pluralē, & è contrà transire. Rursus, & illa (*& recipere hæreditatem*) fuisse retinenda constat, neq; rectè posse ad fideicommissarium particularē retorqueri, nam de fideicommissario universali prolata, cum nec dubium quod *Marcianus* ibi *quo loco amplius* variat speciem, & quod à principio in legatarijs dixerat, in fideicommisso universali proponat, illud etiam in specto, an hic invitus dare cogatur, quasi & ipse fideicommisso gravatus; ex eo igitur quod priùs de legatis, & falcidia, loquutus Juris Consultus, deinde de fideicommisso, & Trebellianica tractat, male facit *Faber*, qui utrumque confundens, de fideicommisso particulari in utraque textus parte disputare *Marcianum*

gratis asserit. Quæ autē *n. 14.* idem scribit ad finem usque adversus Interpretes, & potissimùm adversus *Cujacium* vera sunt, sed passim in libris eorum qui de hac materia tractaverant obvia legenti.

12 Sed cùm vix apud nos testamentum ullum inveniatur, in quo non prohibitæ quartæ falcidiæ, & Trebellianicæ detractiones, idve nedum ab hæredibus extraneis, sed & à filijs, cæterisque hæredibus primi gradus, vix etiam locus relictus est disputationibus hujusmodi de quartarum deductionibus, & de imputatione in illis, & quarum retum: quod multo magis obtinet in sententia eorum qui semper existimant à testatore prohibitas, & si nō expressè id in scriptura testamenti inveniatur, nam quia de stylo Notariorum, subintelligendum cum *Francho dec. 612. n. 5.*

13 Illud tantum posset hic investigari, an te vera tutū sit, quod jactant, etiam filijs prohiberi deductio falcidiæ posse: etenim & si innumeri id asseverent post eundem de *Franch. decis. 11.* & ibique ab Addentibus adductos: attamèn non desunt qui reclament cum *Magonio dec. Flor. 5. Riccio* in additione ad eundem *Francum*, & plerisq; alijs quos enumerat *Intrigliolus de subst. cent. 3. quest. 71. num. 91.* sed dicendum, quod esto prohiberi possit deductio ut communior sententia existimat, id tamèn fieri debeat per verba expressa, ex quibus præcisa patris prohibentis volūtas innotescat, ut dicebat *Jason. cons. 84. volum. 1 Curtius, & Ruinus, apud Intrigliolum*, ubi suprà, aut saltem per verba æquipollentia, verū talia, quæ nonnisi prohibitionem importare possint, ut *Clarus docuit in §. testamentum qu. 62. & Mascardus de probat. concl. 1389. nu. 4.* id, quòd in extraneis institutis non exigitur, quandoquidem conjecturæ sufficerent, ut ex *Mantica* elicitur *de conject. lib. 9. tit. 13. & lib. 7. tit. 12. n. 10. Peregr. de fideicomm. art. 3. num. 88.* & similibus de quibus *Consil. Staiban. resol. 14. n. 33.*

14 Rursùs ex *Pragmaticis* ad materiam addamus illud primo loco, quod apud ipsos longè diversa est ratio imputandi in quartam falcidiam ab ea, quæ servatur cum de imputatione agitur in quartam *Trebell.* ut explicat *Menochius in consil. 374. vol. 4.* quamquam nōnulli utramque quartam, & tractatum unius cum tractatu alterius confundant, ut dignoscitur ex his, quæ scribunt *Oxasch. decis. 147. n. 11.* & in materia statutorum *Raudensis de analogis cap. 5. n. 284.*

15 Secundò adnotandum quod cum apud *Pragmaticos* constet, quod verissimum est, in quartam Trebell. imputari ea, dumtaxat, quæ jure hæreditario hæres capit, ut idem *Menochius* notat *de arbitr. cent. 2. casu 164. & cent. 3. casu 176.* cum de legatis agunt, ut dignoscant,

ſcant, an illa imputari debeant, necnè varias excitant controverſias, quas habes apud *Mangilium de imputationibus*, & ſimiles.

16 Tertiò illud communitèr receptum, quod
dos non imputatur in quartam, ut dicunt
Franciſcus Marcus qu.432, Mantica de
conjett.lib.7. tit.8.n.27.Pereg.de fideicom.art.
3.n.38.& Intrigliol.de ſubſt.cent.3.q.74.n.138
17 qui & monent (limitandum id eſſe in augmento dotis) ſicut nec imputanda emphy-
18 teuſis quam accepit pater pro ſe, & liberis
Maranta in Repetitione l.is poteſt D.de acquirenda hæreditate.



CAPUT III.

Ad tex. in l. in Quartam 91. & l.Titia 86. D. ad l. Falcidiam.

SUMMARIUM.

1 *Sententia Fabri adverſus quam facit l.Titia, & l.in quartam D.ad l.falcidiam.*
2 *Retinenda recepta lectio in l.in quartam.*
3 *Explicatur textus in l.Titia 86. D.ad l.falcidiam.*
3 *Faber cum Bart. diſtinguit inter tempora legati.*
5 *Sed diſtinctio non adaptatur ad l. Titia.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Legata à ſemetipſo hæres non accipit.*
8 *Item nec à manu ſubſtituti.*

1 SCripſerat *Faber* in præcedenti capite, quòd in eam quartam, quã Pegaſiani S. Conſulti authoritate, ex fideicommiſſo univerſali hæredes detrahunt, imputatur omnia; adeo ut ſivè legatum, vel fideicommiſſum datum hæredi, ſivè quicquàm deducere, vel retinere, aut percipere juſſus fuerit, id omne in quartam venit. At cum contrà ipsũ apertiſſimis verbis obſtare J. Conſultorum Reſpõſa in *l.Titia 86. & in l.in quartam 91. D. ad l. falcidiam* videret, nec poſſet diſſimulare, occurrit in præſenti, & contorquere illa conatur, In ijſdem perſiſtens erroribus, unde Nos, qui demonſtravimus in capite antecedenti ſollemnitèr eum, & pluries erraſſe, idipſum ſumus in præſenti demonſtraturi; nam ex hoc cognoſcetur veriſſimum eſſe quod in *Suſpicionum libris* diximus, ſcilicet etiam in quartam Pegaſianam nonniſi pro parte hæreditaria legata, & prælegata venire, atq; circa hoc recipiendam doctiſſimi *Jacobi Cujacy* ſententiam eſſe.

2 Igitur cum ita ſit, patet quomodo explicandum ſit, quod ex *Marciano* ſcribitur in *dicta l.in quartã* in verſiculo *pro ea vero parte* quod *Faber* detrahere, ſolito prætextu, quod *Triboniani* ſit, conatur, & patet retinendum eſſe & ſignificare, ut aliàs diximus pro parte dũtaxat hæreditaria legata in reſtitutionem venire ſive in quartam *Trebell.*imputari.

3 Reſtat nùnc, ut de interpretatione *l. Titia 86. D.ad l.falcidiam*, de qua ipſe *Faber* verboſiſſimè egit, aliqua & nos dicamus, nam pleriſque difficilis viſa eſt, & obſcura. Sed priùs *Juliani* verba proponamus, *Titia teſtamento ſuo, Titium fratrem ſuum ex parte tertia hæredem inſtituit, fideique ejus commiſit, ut retenta quarta parte, Secundæ, & Proculæ reſtituat: eadem fratri quædam prædia prælegavit. Quæro, an Titius ea, quæ prælegata ſunt etiam pro ea parte hæreditatis, quam rogatus eſt reſtituere, an integra retinere debeat. Reſpondi Titium legata integra retinere debere; ſed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum; ſed ſi non eſſet adiectum, ut pars quarta deduceretur totum trientem prædiorum legè falcidia imputari oportere; quoniã contrà ſententiam matrisfamilias lex falcidia induceretur.*

Ex his itaque verbis intelligimus, veriſſimum eſſe quod dicebamus in quartam fideicommiſſariam venire ex prælegatis, ſivè legatis; (hac enim parte non differre legata à prælegatis ſentimus, & alibi diximus) partem illam dumtaxàt, quam quia à ſemetipſo non poteſt hæres accipere, jure hæreditario capit; nàm in propoſita ſpecie cum Titius ex parte tertia inſtitutus fuiſſet, & conſtabat ex prædijs prælegatis partem tertiam hæreditario jure accepiſſe, *Julianus* ait trientem prædiorũ in falcidiam eum imputaturum fuiſſe, niſi alitèr teſtatrix voluiſſet. Hinc rectiſſimè ad juris Regulas ex una, & ad matrisfamilias voluntatem ex altera attendens *Julianus*, ait quæſitum, an ea, quæ prælegata ſunt, etiam pro ea parte hæreditatis, quam rogatus eſt reſtituere, an integra retinere debeat, nam de utroque juſtè poterat dubitari: id quod ut planius intelligamus, animadvertere oportebit duplici modo in propoſito potuiſſe Titium prædia eaque ſolida penes ſe habere. Primo modo, ſi reliquis octo uncijs jure legati, vel prælegati à cohæredibus acceptis, reliquum trientem quem certum erat in hæreditate remanere *l.hæredes 25. §.ultimo D.familia erciſcundæ* jure hæreditario perciperet, & in quartàm imputaret. Secundo modo ſi hũc quoque trientem tanquam etiam ſibi legatũ, vel prælegatum, aut ut retinere juſſus retineret, & quidẽ hoc ſecũdo modo Titius retinere volebat ex; allatis matrisfamilias verbis, *retenta quarta*; Quærit itaque Juris Conſultus primo nè an ſecundo modo retinere prædia

Ti-

Titius debeat; & hoc indicant illa, *an parte hereditatis, an integra*; nàm pro parte hæreditatis retinerentur prædia, si difformi jure retinerentur, ideſt primo modo; quoniam pars tertia hæreditaria fieret, ideoque restitutioni obnoxia *l. in fideicommiſſariam* 16. *D. ad Trebell.* & ſat in reſtitut. ne veniret, dum in quartam imputaretur, ut vel noſter *Accurſius* advertit. At integra retinerentur prędia, & ſecundo modo, ſi eodem Jure prælegati, & non difformitèr ab hærede caperentur, qui, & octo prædiorum uncias tanquam ſibi legatas à manu aliorum duorum cohæredum, & reliquas quatuor etiam ab eiſdem acciperet.

Quæſitis itaque Reſpondet *Julianus*, & integra prædia retenturum Titium affirmat, ſed in quartam imputare debere duodecimã prædiorum partem; nam advertit, & ſubtilitèr, quod hæc prædia nedum poterat Titius habere pro duabus portionibus à manu cohęredum, ſed & pro tertia parte reliqua eo quia teſtatrix juſſit retinere quartã atq; ita ex illius voluntate: verũ quia materfamilias non trientem, ſed quadrantem retinere eum juſſit ibi (*retenta quarta*) ideo ex triente remanſo quadrantem prædiorum dumtaxat retinebit, ultra id quod jure legati capit, reliquum vero quod nonniſi unam unciam importat prædiorum, ideſt duodecimã eorum partem tanquã ea quæ prorſus hæreditaria remanet, imputabit in quartam. hinc concludit, & rectiſſimè duodecimam partem prædiorum in quartam Titium imputaturum, ſed quamvis hęc ita, & verè exponantur adhùc illud difficile explicatu occurrit; cur quartam Titius deinde ex portione hæreditaria reſtituenda Secundo, & Proculo retineat non obſtante quod legatum accepit, & quod retinere quartam prædiorum ſit juſſus, & cur de facto retineat? ſanè id non obſcurè Juris Conſultus innuit, dum ait. *Sed in parte quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum*: an non debuit ei ſufficere quod quartam; ſi non hæreditatis ſaltem prædiorum ultra legatum habuit ex ſententia matriſfamilias? an dicemus in præſenti duplicem quartam Titium habiturum, alteram ſcilicet ex prædijs ſive ex reſiduo prædiorum conflatam, ita teſtatrice volente: alteram ex hæreditaria portione reſtituenda ità jubente J. Conſulto? Certè hic non aliam rationem *Julianus* affert cur & quartam etiam prædiorum capiat, quam matriſfamilias voluntatem. At hujus juris principij, quod quoties quarta ex teſtatoris voluntate, aut juſſu detrahitur ex aliqua re ea præcipua habeatur; itàut nec in alteram ex Sen. Conſul. detrahenda imputetur, vix alibi quam in præſenti Reſponſo veſtigium extare inveniemus.

4 Sed tandem deveniamus ad *Fabrum* Is & ſi à principio omnia imputari in quartam Pegaſianam ſcripſiſſet, idque indiſtinctè, & generalitèr, nùnc tamen ad vulgatiſſimam Interpretum diſtinctionem deſcendit, quæ *Bartolum* præcipuum habet authorem, & diſtinguit; an primo gravatus hæres, deinde prælegatum acceperit, an verò contrà primò ei fuit prælegatum, deinde gravatus exiterit, ſed, neque hanc diſtinctionem rectè ad

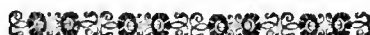
5 hanc *legem Titia* 86. accommodare valuit, & ſanè, nec potuit; quia vera non eſt, ut alibi diximus, dum conſtat quod ne eo caſu quidèm quo teſtator priùs prælegat, deinde gravat, totum prælegatum imputabitur in quartam aut reſtituetur *l. filium quem habentem C. familiæ erciſcundæ.* conſtat etiam quod dato, & conceſſo ipſis Interpretibus, & *Fabro* quod hæres qui primo gravatus, ſi deinde prælegatum acceperit, partem quam à cohęrede accepit, jure legati habebit, partem verò quã à ſeipſo non accepit *l. legatum* 116. §. *heredi D. de legat.* 1. *Vlpianus in fragmen. tit.* 24 §. 21. reſtituet, ideòque in quartam imputabit, adhùc in cõtrariũ facit primò *Julianus* in hac *l. Titia* ubi Titius, qui gravatus primò fuerat, deinde prælegata acceperat integra illa habiturus eſt, niſi reſpõdeas quod nos dicebamus, habiturum ex matriſfamilias voluntate; deinde facit *Vlpianus in l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad Trebellian.* obſtabit diſtinctioni, nam in §. *ultimo* priùs legatum proponit datum, deinde hæredi fideicomniſſum injunctum ibi *ſi legatum ſit heredi relictum, & rogatus ſit portionem hereditatis reſtituere*, & tamèn concludit, id ſolum non debere reſtituere, quod à cohærede accepit; falſum ergo quod totum debeat reſtituere, qui poſt acceptum legatum rogatus fuerit, & veriſſimum quod & in præcedenti capite & in præſenti adverſus *Fabrum* monuimus & alibi; quod in quartam *Trebell.* imputantur ex legatis, & prælegatis tantum ea, quæ jure hæreditario hæres capit ſive ante, ſive poſt legatum gravatus proponatur.

6 At ſumpta occaſione ab hac lege *Titia D. ad l. falcidiam*. Sæpe ſæpius controverti ſolet apud Noſtros, an prælegata, ſive, quæ heredi legata fuère, in quartam imputentur, atq; ità, an in reſtitutionè fideicommiſſi veniāt; nàm, ut Regula habet ſatis in reſtitutione venit, id quod imputatur in quartam; ſiquidem hæc, ex his quæ reſtituenda ſunt, detrahitur. & quidem in propoſito varij varia dicunt, quę collegit, ut ſolet *Fuſarius de ſubſtit. q.* 650. *& ſequ.* cum tamen magis communitèr recepta diſtinctio illa ſit, quam ut diximus propoſuerat *Bartolus* ex Gl. in *l. Marcellus* §. *quidam liberis D. ad Trebell.* unde Noſtri ſtatim introſpiciant, utrum teſtator prius ali-

alicui prælegaverit, deinde illum hæredem instituerit, & tandem fideicommisso gravaverit, an verò prius hæredem instituerit, & fideicommisso gravaverit deinde legata dederit. Et primò casu venire prælegata volunt. Secundò non itèm, ut *Raudensis* testatur *dec. Pisana 22. n.6. & Cavale. dec. 14. nu. 11. par.3.* quanquàm non undequaque hujusmodi distinctioni omnes nec eodem modo acquiescunt, ut apud *Fusarium* loco citato observari poterit. Cæterum quo ad primum caput attinet de legato priùs facto ei, quem deinde testator instituit, & de restituendo gravavit, Quanquàm ut dictum est, magis cōmunitèr affirmetur in restitutionem venire fideicommissi, adhùc non desunt plerique, qui in adversùs stent, & non contemnendæ authoritatis DD. pro se adducant *Baldum, Fulgosiū, Portium*, & similes, cum quibus *Pereg. de fideicomm. art.7. n.1. Boer. dec. 280. nu.7 & Surdus dec. 205. n.9.* unanimitèr negantes prælegata hujusmodi, & si ante institutionē hæredis facta in restitutionem venire. Moventur autem vulgaribus Regulis illis, quod verba debeant intelligi, & explicari cum effectu operandi, & quod interpretatio sumi debeat semper pro actus validitate, & pro sustinenda voluntate testatoris, quæ omnia cessarent, si prælegatum, ut supra in restitutionem veniret, ut *Peregr.* ratiocinatur *n.17. & sequ.* & *Fusar.* ubi supra *n.6. & sequ.*

7 Verùm enimverò Viri aliàs doctissimi labi videntur in eo, quod non observant adesse, & illud aliud Juris principium ab ipsis toriès repetitum, & inculcatum quo edocemur non posse cuiquam à semetipso legari *l. sextilium* cum concordantibus *D. de leg. 3.* unde si cohęredē ot in aliis speciebus supra positis hæres non habeat, adductū Principiū adeò obstabit, ut non obstantibus citatis Regulis de validitate, & effectu operandi (quæ considerantur semper quod testator legat sive hęredi, sive alteri ad hoc ut legatum valeat) faciet ut in hęreditate remaneat pręlegatū, & per cōsequēs in restitutione veniat; quod habet locum, Et si testator aliud voluisse aliquomodo appareret, cum nemo possit facere, quin leges in suo testamento locum habeant.

8 Neque dices id, quod tanquàm certum ex citatis DD. assumit *R. Consil. Hodierna in additione ad citatam Surdi dec.205.* quod defectū cohæredis, de cujus manu legatum hæres acciperet, suppleat substitutus, ideoque ab eo prælegatum hæres gravatus habeat, atque ità jure legati, non iure hæreditario, & per consequens non obnoxium restitutioni; nam Respondetur longè diversam esse rationem substituti à ratione cohæredis, nam cohæres qui legatum hæredi præstet, adest à principio, & cum hæreditas aditur; substitutus verò ex post facto venit, & cum iam hæreditas adita, & legatum in hæreditate remansum est. Unde si quis pariter loqui velit, semper dicet, substitutum à manu hæredis, non hæredem à manu substituti aliquid accipere, neque in hac re creditum simile prælegato est, ut idem *Hodierna* existimat ex adnotatis *decis.* 170. siquidē creditum de per se stat, & consistit tū ante tū post aditionem hæreditatis: legatum verò hæredi factum adita hæreditate, cum non adsit, qui præstet, statim concidit, & in hæreditate remanet. Et rursùs nec similes legato sunt perceptiones, & detractiones, quorum exemplo *Fusar.* utitur, etenim hæ non à manu alterius, ut legatum, sed sua manu capit hæres, & proindè nunquàm restituet cum hæreditate veluti quæ de per se consistentes propria manu absq; aliorū auxilio, suas hęres gravatus facit. Sed quicquid sit de juris cēsura si tamen in foro res esset tractanda, suaderem ex voluntate testatoris ab ipsius verbis expensis, aut ex conjecturis elicita, rem totam decidendam fore; & ad hoc juvare non parum, quæ *Menochius, Mantica*, locis citatis adduxère penès *Fusar. ubi supra.*



CAPUT V.

Ad l. Filium 24. C. familiæ erciscundæ.

SUMMARIUM.

1 *Primus Fabri error quod restringit generale Rescriptum.*
2 *Secundus error quod etiam extraneos in specie hujus rescripti supponit hæredes.*
3 *Nos alibi de expositione hujus l. filium quem habentem.*
4 *Quid Fragmatici.*
5 *Qui rogatus rem particularem restituere non detrahit fattam nisi aliter voluerit testator.*
6 *Idem de eo qui fructus restituere rogatus fuit.*

1 PErtinet ad suprapositam disputationem famigeratum *Dioclet. & Maximil.* Rescriptum in *l. filium, quem habentem 24. C. familiæ erciscundæ*; illud tamèn, ut & cætera omnia malè habet *Faber* hoc capite, quippè qui *Arnaldi* cujusdam sententię inhærens solemnissime à veritate aberrare dignoscitur.

Primò dum generale Rescriptum, & generalitèr nobis à *Triboniano* propositum, ad cā tantùm speciem restringit, & coarctat, in qua septem nec plus, nec minus sint instituti, fundusque

dusque valoris viginti octo dumtaxat, & non ultrà aut infra, valoris fuerit, quod ineptissimum est; nàm si non jam septem, sed quatuor, aut octo instituti fuissent, item si fundus nō viginti octo, sed triginta, aut vigintiquinque valoris fuisset, jàm Rescriptum inutile foret, & proinde ad aliud Rescriptum recurrendum esset.

2 Secundò, (in quo tamen nedùm ipsum, sed quotquot scripsère, tùm ex recentioribus, tùm ex antiquis errasse constat) ponit ex facto, rogatum filiū restituere cohæredibus fratribus, & extraneis quoque cohæredibus; Extraneos enim institutos etiàm vult, & tamen nequaquàm ità ponendum esse ex eo constat, quod extraneos illos, quibus restituere sanxit testator, nequaquàm fuisse institutos, non obscurè *Imperatores* significant: primò quia scribunt *fratribus*, *& quibusdam alijs restituere* nam nec dicunt *cohæredibus restituere*, ità ut omnes cohæredes supponant nec dicunt cohæredibus, & fratribus, ut extraneos fuisse etiam hæredes demōstrassent, sed dicūt *restituere fratribus, & quibusdam alijs*: quod si fratres quia filij testatoris hæredes, & si ita non appellatos præsumemus ex eadem ratione, sequetur non idē de quibusdam alijs nō filijs dicēdū. Secūdo quia dum postquàm dixerant, *quod à cohæredibus vice mutua percepit*, subdunt, *quod à cæteris in eam partem fundi solvitur*, & disertè exteros à cohæredibus separant, ità non fuisse cohæredes omnes significant.

3 Sed cum Nos quæ ad explicationem hujus Rescripti ejusve veram facere credebamus proposuimus in Nostris *Suspicionum libris*, & quia si ea non placeant, potest qui desiderat meliora habere à *Gifano* in cōment. *ad Codicem ad hanc l.* restat ut nunc, *Fabro* omisso, adversus cujus expositionem sufficiunt superius adducta, quæ Nostri post suos *Repetētes* scripserint investigemus, & hos omnes inveniemus uno ore exclamasse *Dioclet. & Maximil.* hunc Rescriptum in *l. filium quē habentem*, difficillimum esse. Hinc nō mirum si pessimè explicatum, apud *Baldum*, *Lancellottum*, *Politum*, & simimiles in *volum.* 7. Repetentium, & apud *Alphanum in collect.* 342. nàm, & recentiores non admodùm felices in illius explicatione fuère, licet ex professo integris commentarijs illustrandum sumpsissent, ut sunt *Joannes Coras. Emilius Ferrettus*, itèm & *Fachin.* 6. *contr. c.* 70 *Pacius Vaconius*, *& alij*.

4 Sed utcumq; illi *Pragmatici* hoc Rescripto aliquando in praxi uti solent, ut videre est apud *Ancaranum cons.* 128. *Romanum consil.* 177. *Verallum dec.* 22. *n.* 3. *p.* 2. præcipuè cum quæritur, an ea, quæ implendæ conditionis causa hæredi solvuntur, aut præstantur, in restitutionem veniant, & an imputentur in quartam, ex eo enim deducunt non venire, nec imputari post *Sforciam*, *Odum de compēd. subst. p.* 5. *q.* 3. *præmisso* 6. *num.* 10. *Manticam de conject. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 18. *Menoch.* 4. *præsumpt. præsumpt.* 196. *n.* 2. *& Peregr. de fideicom. art.* 6. *n.* 39. cum tamēn si verum esset, quod ijdem post *Gl.* contendunt (reluctantibus tamēn, *Corasio*, *Ferretto*, *Donello*, *& similibus*) quod verba illa nostræ legis (*pensato præterea eo, quod à cohæredibus vice mutua percepit*) intelligenda sunt de his, quæ filio gravato sub conditione de restituendo præstantur conditionis implendæ causa, sequererur ex hac *lege* potiùs oppositum ejus, quod pro Regula statuunt de non restituendis, neq; imputandis, receptis conditionis implendæ causa ab hæredibus, nos edoceri. Siquidem in hac lege imputantur, & cum quarta compensantur, ut in citatis verbis apertè pronunciatur.

Porrò, & occasione hujus legis, in qua de filio instituto, rogatoque restituere, & de prælegato fundo (ut supponunt) item, & de quarta agitur, tractant plerique quæstionem illam, an qui in re particulari institutus, rogatusque restituere fuit, quartam deducere possit? & in ea magis communitèr negare solent cum *Franco dec.* 193. nisi tamēn aperta testatoris voluntas id hæredi particulari in ea re quam restituit indulgeret, ut monent *Rota Avenionensis dec.* 45. *Rolandus*, *Peregrin. Menochius*, *& Gabriel apud Riccium in additione ad citatam Franci decisionem*, idve exemplo ejus, qui gravatus foret restituere fructus perceptos; nàm & hic si testator voluerit, quartam detrahet, ut ijdem cum *Molina* fatentur, & post eos *Molfes. in cōment. ad Neapol. Consuet. par.* 3. *q.* 6. *n.* 17.



CAPVT VI.

Retinetur recepta lectio in l. ob hæc verba 20. D. de his, qui notantur infamia, & in l. fundum 20. D. de evictionibus.

SVMMARIVM.

1 *Faber emendat l. ob hæc verba D. de his qui notantur infamia.*
2 *Sed statim rejecta emendatio.*
3 *Et maxima cum ratione.*
4 *Fabri opinio reicitur.*
5 *Ratio, & explicatio prædictæ legis.*
6 *Faber emendat textum in l. 20. D. de evictionibus.*

Kk 7 *Sed*

7 *Sed emendatio reſpuitur.*
8 *Perpenduntur verba Juris Conſulti.*
9 *Explicantur.*
10 *Qnid Repetentes.*
11 *Non omnis Judicis vox pro ſententia habenda eſt.*
12 *Sententia interpretanda ut minus infamet, ſed non in crimene laſa Majeſtatis.*
13 *Emptor ex facto ſuo evictionem paſſus non poteſt de ea agere:*
14 *Debet effectivè ſequi evictio.*
15 *In cenſus evictione diſtinguendum eſt.*
16 *Nil in ſpecie evictionis differt hipothecaria actio a cæteris quoad damnum paſſum.*

1 DUobus Juris locis manus adhibet *Faber*, & ut ſolet quæ ſana ſunt, vitiare, & debilitare conatur.

Primus eſt *Papiniani* in *l. ob hæc verba 20. D. de his, qui notantur infamia*, in quo poſtremam illam clauſulam *non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur* cum ad ipſum Præſidem retorquendam velit pro *mandatoris*, *opera* reponit (*damnatoris opera*:) At retinendam eſſe receptam lectionem adeò perſpicuum eſt, ut ſtatim ac viſa, exploſa, & exibilata emendatio fuerit, præſertim à *Mar-*
2 *co Linklama membranarum 4. cap. 18. à Hieronymo Trentlero diſputat. 8. de poſtul. Theſi 6. vol. primo*, & ibique à *Bacovio*, & ab *Oſualdo in notatis ad Donellum lib. 18. cap. 8. lit. X.*
3 & Jure quidem optimo; nàm verba illa poſtrema non de Præſide eſſe prolata, ſed de eo, qui inſtigaverat, etiam lippis, & tonſoribus patet, ideòque hanc eſſe *Papiniani* ſententiam, *Ex his Præſidis Provinciæ verbis callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe*, nequaquam infamiam reo irrogatam; Ratio & ſi hujus rei non illa ſit, quam *Bartolus* aſſignat ſcil. quod Præſes non cauſa cognita pronunciaverit, ſed ea potiùs, quæ ab *Accurſio* primum, tradita deinde à *Cujacio* fuit *lib. 1. reſponſ. Papin.* contineturque in poſtremis *Papin.* verbis; nèpè quia inſtigare non eſt aliud quam hortari, at hortari non eſt mandare, unde is, qui inſtigaſſe dicitur *exhortatorem*, non *mandatorem* fuiſſe pronunciatur.

Ergo cum ex ſententiæ verbis quodnàm delictum patratum fuerit dignoſcatur, conſtetque non fuiſſe tale, quod infamiam irrogare poſſet, meritò concluditur infamiam irrogatam non eſſet.

4 Sed *Faber* apertè negat, quod omnes ſupponunt, ſcil. in propoſita ſpecie reum non fuiſſe infamem; nàm quinimmò fuiſſe ex eo, quod inſtigator fuerit probare nititur ex *l. 1. §. incidit D. ad Turpill.* quod & ab *Accurſio* mutuatus eſt, ſed ſi ità erat, petam à *Fabro*, qua de cauſa Præſes, reum hunc potiùs exhortare voluit, quàm damnare? ſi reſpondet, ſub *num. 5. quia probationes minùs plenas eſſe vidit, dicam ego eum divinare*, & illud eidem objiciam, quod ipſe *Bartolo* ſub *num. 3.* obiecit. Et quis dum ſententiam pronunciatam vidit proponi in principio hujus textus, probatum jam delictum non intelligit?

Cæterùm ſi non *Fabro* adſentimur neque alijs adſentiendum erit qui cauſam illam prætexunt, quæ ſuſpicata primùm ab *Accurſio*, aſſeveranter poſtea à *Donello comment. 18. c. 8.* & à *Linklama* ubi ſuprà propoſita eſt, nempè quod Judex interlocutoriè in præſenti pronunciavit; ſiquidem id nulla hujus Reſponſi ex parte elici poteſt, aut probari cum aliàs certum ſit quod *Papinianus* id expreſſiſſet, uti axpreſſit *Marcianus in l. 1. §. 5. ad Turpill.* disertè ſcribens *ſi ita fuerit interlocutus*.

5 Omiſſis igitur aliorum opinamentis dicemus ideò infamiam non incurriſſe in præſenti Reum; quia inſtigator non mandator pronunciatus fuit; nàm hoc eſt, quod *Papinianus* aſſignat in cauſa, nec aliud quærendum erit. Et ſanè quà de cauſa is, qui non aliud egiſſe probatum eſt, quam ſimpliciter adhortatum fuiſſe; nec enim mandaſſe, neque libellum inſtituiſſe, aut accuſationem promoviſſe conſtabat, ut rectiſſimè advertit *Accurſius*, & poſt eum *Freberus*, puniendus adeò atrocitèr erit? an non Juris Regula eſt, quod de Conſilio non fraudulento nulla obligatio eſt *l. Conſilij 47. D. de Regul. Iuris*: cur ergo hic qui non aliud fuit quam adhortator ad pœnam obligabitur?

Nec urgent illa *Callido Commento*, quæ *Oſualdū* movère, quippèquod non ipſis fraudolentèr, & doloſè egiſſe Reum in propoſita ſpecie ſignificatur, ſed innuitur adhortatum ſolum, ſed callidè, ideſt non quidem apertè, nam id non agere auſus, ſed per ambages, & obſcurè fuiſſe; idquod delictum extenuat, potiùs quam auget.

Ad hæc, & illud adijciendum quod impingit *Faber* in ipſam Juriſprudentiam, dum multum intereſſe putat, an Prætor pronunciaverit: ita inſtigator fuiſti, an vero inſtigatorem te fuiſſe videri, quippè hoc verbo videri ferè ſemper uſos Prætores dum condemnabant, cum Jurati cognoviſſent, nemo neſcit ex his, quæ primus obſervavit *Budeus in l. 1. §. quæri poſſit D. ad Turpillianum*, deindè *Briſſonius* eruditiſſimè adnotavit *lib. 2. ſelect. cap. 2.* & de *formulis lib. 5.* Item & *Gothofredus* ad legem ſuptacitatam: ultrà quod hoc novum ſententiæ genus, quod neque abſolutorium ſit, neque condemnatorium merum figmentum *Fabrianum* eſt, ut *Oſualdus* ad *Donell.* advertit ubi ſupra.

6 Secundus locus, quem *Faber* vexat, eſt in *l. fundum 20. D. de evict.* ubi *Pompon.* de illo tractat, qui fundum obligaverat Titio, dein-

de

de, Mevio vendiderat ea lege ne alteri obligaret, & rursùs ab eodem Mævio emerat, & de evictione cautionem stipulatus fuerat: & monet, in hac cautione excipiendum de priori obligatione, quæ cum Titio contracta est; nàm & si non exciperetur sequuta postea evictione Titij causa si is, qui passus eam est cum Mevio venditore egerit exceptione doli mali submovebitur, horum autem Ratio ea est, quam *Bartolus* rectissimè affert, & ex specie tractata in promptu sit, quod scil. res evincitur ipsius emptoris facto unde succedit Regula *l. hoc jure* 27. *D. ibidem de evict.*

7 In his itaque, tàm perspicuis quis ferat *Fabrum* coniectantem, & emendantē? quis patiatur illa verba (*ut eo nomine non obligeris*) tolli contrà omnium Codicum fidem, in quibus licet diversimodè, nam apud Haloandrum, & Russardum scriptum, *non obligaveris*, in Florētinis *non obligaberis*, in Vulgatis, & melius *non obligaveris*, semper tamen illa adsunt: & quanquam certum sit ex oppignoratione priùs facta nequaquam teneri emptorem ipsum, sed fundum, ideoque inutilem videri, conventionem, potest tamèn defendi, Ideò appositam eam à contrahentibus, relatamque à J. Consulto, ut ex ipsa intelligeremus vēditorem bona se fide gerens oppignorationem factam non siluisse, sed emptori manifestasse, unde dum emptor illam sciens tandèm retrovendendo eidem venditori de evictione cavère voluit, videtur se subijcere, voloisse etiā periculo illius oppignorationis, atque libens, & sponte onus subijsse; cæterùm si cui neque hæc expositio placeat nostram habet *Suspicionem* in libris *Suspicionum*.

8 Adijcit *Faber* legendùm in eodem tex. (*excipiendum cautione, quod pro me obligatus sit, ut eo nomine non obligeris*, qua lectione vult in cautione excipiendum, ne emptor teneatur ex eo quod fundus sit obligatus: at hæc adjectio vel inutilis, vel inepta est, & quidem inutilis, si non obligatum esse eidem qui olim venditor nunc emptor, velit is, qui promittit; nàm & si non adjecta clausula satis apertè ea subintelligitur, ut *Accursius* advertit; inepta vero si ei cui primo loco obligatus fundus fuerat, & jam tenebatur, caverit denuò emptor, quippèqui reincidendo in primam difficultatem, inutilitèr cavit.

9 Itaque eo in errore *Faber* est, in quo & plerique etiàm sunt; quo illa verba *excipiendum cautione* ità explicant, ac si J. Consultus moneret eos, qui contrahunt excipere id debere, atque expressè in cautionem redigere, cum tamen innuat excipiendum ab his, qui interpretantur, cautionem non ab illis, qui contraxerunt, unde non qui stipulantur, vel conveniunt, sed qui judicant super cautione, aut consulunt excipere debebunt, ne quod promissum est, indistinctè intelligatur, sed excepta à generali promissione evictione illa, quæ habet originem ab obligatione primo loco contracta, & quæ Authorem habet eundemmet qui olim venditor nunc emptor, olim evictioni obligatus nunc vero de evictione agens.

10 At postremam illam clausulam nustræ legis Vulgares Interpretes, & si eum *Fabro* interpolare, & emendare non audeant, explicant tamèn ità ut id ipsum quod *Faber*, sensisse videantur, nam illā de Præside ipso, non de Reo fuisse à Juris Consulto prolatam volunt. Hinc Præsidem esse, quem exhortatoris, non mandatoris opera functum *Papinianus* dixerit, passim tradunt, & eamdem ferè speciem tractatam, quæ tractata in *l. quid ergo* 13. *§. quantum ad infamiam sub eodem tit.* credentes; concludunt verba Judicis vituperosa non tamen prolata, causa cognita infamiam non irrogare. Item interlocutoriam sententiam, & similes Judicis pronunciationes non infamare. *Bartolus*, *& Baldus*, à quibus *Romanus conf.* 208. & alij.

11 Hinc *Mising.* notabat *Responso* 28. *num.* 35. non omnem Judicis vocem pro sententia indistinctè habendam, & *Cappella Tolosana quest.* 174. & in *additione*, observabat, quod cum infamia alia sit ex jure, alia ex facto proveniens, sicuti quæ de facto irrogatur, non irrogatur, nisi ex factis, & in casibus dumtaxàt à lege expressis. Ita quæ de jure irrogatur, non irrogatur nisi Judicis sententia condemnatoria sequatur. Id, quod *Vera* in *decis.* 90. sive *in decis.* 1. *par.* 2. receptum testatur, Quin immò addunt plerique, nec sententiam condemnatoriam sufficere, si lata fuerit reo inaudito, & in contumaciam *Bartolus conf.* 111. *num.* 1. *& Boerius decis.* 64. *Vivius commun. opin. in ver. infamia Juris, & Clarus lib.* 5. *§. fin. q.* 72. *ubi Bajardus num.* 3. sicut nec sufficiet si sententia processerit vigore Inquisitionis, quæ formari non poterat, licèt de facto fuerit formata, *Soccin. conf.* 37. *in fine vol.* 2.

12 Cæterùm cum illud receptum sit cum *Frācisco Cremensi singul.* 38. quod in dubio sententia præsumitur lata ex leviori causa, ad hoc ut minùs infamet solet tamen, excipi, nisi de crimine læsæ majestatis; nā & infamare quomodocunque Reum tangat, fatentur Nostri, & infamare ita ut excusationem nullam admittat modo tamen re vera qui Inquisitus de eo est, commisisse illud cunstet, aut de eo quomodocumque attinctus appareat.

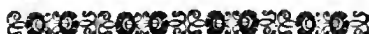
Sed ultra hoc crimen sunt, & pleraque alia delicta, quæ infamiam irrogant, ut docent Practici omnes cum *Grammatico voto* 3. *n.* 36. *Margarita fisci*, *& Claro ubi supra*, hinc pluribus modis infamiam incurri dicebat *Mate-*

filanusfingul. 563. illud tamen pro Regula
universali tenendum erit, quod delicta om-
nia publica iufamiam irrogant, quod *Fari-
nacius* testatur in *praxi par. 1. tom. 1. de deli-
ctis, & pœnis q. 18. nu. 9. & sequ.* ubi, qualia
delicta publica dicantur fusè explicat.

Circa alterum verò juris locum, quem
à *Fabro* vexatum suprà diximus in *l. fundum
20. D. de evict.* adnotandum quoque erit,
quod quamvis Repetentes viderint variam
esse tex. lectionem, cum Florentinæ Pande-
ctę (*obligaberis*) Haloander (*obligaveris*) Vul-
gatè (*obligareris*) scriptum præferant; nul-
la tamèn suspicati verba adesse suppositi-
tia, sic interpretati sunt, ut ex adductis in-
13 telligeremus emptorem ex facto suo conven-
tum, aut ejus, cujus hæres ipse fuit, non posse
venditorem de evictione convenire, nam ità
Bartol. Bald. & reliqui docuère, unde sæpiùs
in ore Nostrorum, quod cū damnum emptor
culpa sua sentit consequi ab altero non po-
test, ut explicat *Mangil. de eviction. præcipuè
qu. 9. num. 11.* ubi ab actione, evictionis em-
ptorem excludit nō solū si ex facto proprio se-
quuta evictio fuerit, sed etiam si per suam ne-
gligentiam, aut confessionem lata adversus
eum fuerit sententia, quod & probavit *Ma-
gon. decis. Florentina 62. n. 10. Vivius decis. 12.
lib. 1. Mising cent. 1. obser. 56. n. 4. & obser. 54.*

14 Prętęrea sequutam fuisse evictionē opor-
tere, ut agi ex ea possit, cōcludunt omnes In-
terpretes tum antiquiores cum *Bartolo in l. si
servum D. de contr. emptione*, tum *Neoterici*
cum *Dion. Goth.* in notis ad *l. habere licere 57.
D. de evictionibus, ad quem* tex. ferè omnes,
tum denique *Pragmatici* cum *Mising. d. obser.
56. Tesauro decis. 85. Fabio de Anna cons. 15.*
alijsque sequutis à *Reg. Consil. Staibano in ob-
ser. ad resolut. 55.* quo in loco cum duo mo-
neat à *n. 49.* Primum ex *Angelo, & Altogrado*,
quod quando agitur de annuo censu, tùnc
non opus est expectare effectualem exequu-
tionem, sed sufficit sententiam, aut decretū
pro illius præstatione fuisse interpositū, quo-
niam census in jure consistit. Secūdum quod
si actum sit actione hypotecaria, aut Salvia-
no interdicto, licèt effectualis evictio non
fuerit sequuta, agi tamèn poterit pro inte-
teresse, damnis, & expensis ex *Grattano cap.
950. tom. 5.* Vellem ego circa hæc duo Moni-
15 ta quædam adnotari, & circa Primum de
censu, distinguendum esse; an census, de quo
lis est, evincatur ab ipsomet debitore, causa-
tus illum non debere, aut ex justa causa reti-
nere posse, nec ultro solvere? An verò ter-
tius quidam evincat, & sibi deberi, & sol-
vendū esse ostendat? Et siquidè debitor evin-
cat nolitque amplius solvere admittendum
erit, quod dicitur sufficere latam fuisse sen-
tentiam, ut de evictione agi possit; nàm quid
aliud expectari oportebit, dūm sententia li-
beratus debitor apparet? at si tertius evicerit,
non idem dicendum erit; nam cur non expe-
ctabimus, ut huic tertio victori effectualiter
solvatur? Quid enim si non obstante lata
sententia adhùc debitor solvere in beneficiū
primi perseveret, & is agat cum non dom
damnum senserit, & quando adhùc exigit
quoniam census debitor aut sententiā igno-
rat, aut spernit? Quid si is, qui evicit, de-
cretumque pro se habuit decesserit, & sine
successore, itaut neque ejus bona ad fiscum
pertinere possint, ut contingit in specie *d. l.
habere licere*? sed esto quod dicta lex, ut *Stai-
banus* credit ad jura corporalia pertineat,
adhùc ex illa generali ratione, quod nisi de
facto, & effectivè, re evicta possessor prive-
tur, de evictione agere non valeat, cum plu-
ra possint occurrere, ut possessor, & si victus
in judicio rem adhùc retineat, consequatur-
que commodum ab illa, ex generali, inquam
ratione, in *d. l. habere licere*, compræhen-
detur, & casus hic scilicet cum statim, quod
Judex pronunciaverit censum non esse sol-
vendū Titio, sed Cajo, Titius commodū exa-
ctionis nō perdidit, nam non adhùc effecti-
vè privatus est quod tum demum eveniet, cū
non ultro ipsi, sed Cajo census solvetur.
Itaque census causa in hac materia à cæteris
causis specialem nullam rationem habet, nisi,
ut diximus, lis sit cum debitore ipsius census,
qui fuerit absolutus; nàm tùnc statim de evi-
ctione agi poterit, quoniàm aliud expectan-
dum non est.

16 Circa secundum verò adnotandum velim;
nil adesse speciale in actione hypotecaria, aut
Salviano interdicto, per quod dicere debea-
mus agi posse pro interesse, & damnis. Siqui-
dem quacunque actione actum fuerit, atque
ità nedum hypotecaria, & Salviano, si modo
promissa evictio fuerit cum refectione om-
nium damnorum, & interesse, semper agi po-
terit pro horum refectione, ut indistincte, &
generaliter concludit *Mangil. q. 24. n. 22.*



CAPVT VII.

Exponuntur plura de purgatione moræ.

SVMMARIVM.

1 *Plures sunt qui de Mora tractant.*
2 *Communior opinio vult unicam interpellatio-
nem sufficere ad constituendum in mora.*
3 *Sed contra.*

4 *Fu-*

4 *Fabr asserit quod mora nunquam purgatur, & si pœna stipulationi non apposita.*
5 *Ratio cur pœna excludit mora purgationem.*
6 *At quoties non adest pœna admittenda purgatio.*
7 *Explicatur l. & si post tres D. si quis caut.*
8 *Item l. si insulam 84. D. de verborum.*
9 *Item l. si ita quis §. sejam D. eod. tit.*
10 *Quid Repotentes.*
11 *Vulgo existimant unicam interpellationem sufficere.*
12 *De legato ad diem certam relicto an debeatur interesse.*
13 *Juramentum statim constituit in mora.*
14 *An dies imposita a lege in mora constituat, ut est in interesse dotis, & antephati, sine interpellatione.*
15 *Interesse antephati debetur quicquid Afflictus.*
16 *Quidam volunt deberi à die interpellationis.*
17 *Alij, & melius statim elapso tempore.*
18 *Dies interpellat nisi tempus admodum breve.*
19 *De mora irregulari.*
20 *Mora nunquam impunita.*

1 QUæ de mora scribuntur hoc capite vulgaria sunt, & passim obvia apud antiquos, & apud Recentiores Interpretes, quorum si saltem Meliorum nomina velis, habes apud *Treutlerum vol. 2. disp. 3. de usuris, & mora Thesi* 6. Cæterùm quis enim est qui ignoret moram ex persona, vel ex reipsa, vel ex die contrahi, ut latiùs explicant *Borcol. in tract. de usuris cap. 3. Piccardus in libello de mora, Andreas kool. exercit. 17. & exercit.* 15. alijque, qui ab his citantur, ut sunt *Cujacius, Duar. Robertus*, & similes. Cum tamèn potuisset alio modo, & rectiùs proponi ratio distinguendæ moræ, quod egit ingeniosissimè *Bachovius* in notatis *ad Treutl. ubi supra litt. E.*

2 Cæterùm non placet quod *Faber* scribit *num.* 1. scilicet ad contrahendam moram nõnisi unicam interpellationem opus esse, siquidem, & si vulgò DD. ità sentiant nempe Neoterici, inter quos *Cujacius tractatu ad Afric. ad l. cum paterfamilias 27. D. de usuris Piccardus ubi supra n. 46. Forcatulus de mora p. 1. n. 9.* Et Veteres cum *Bartolo, Baldo, Aretino, Jasono*, & similibus adductis à *Tiraquello de retract. consanguin. §. 9. Gl. 2. num. 23. & à Cassaneo ad consuet. Burgundia rubric. 4. §. 23. num.* 15. qui tot sunt, ut parùm cautè *Faber* scripserit vulgò aliter sentiri, nisi Vulgum existimaverit *Emilium Ferrettum in libello de mora, & Corasium lib. 2. Miscellan. cap. 6.* adversus quos disputat *Piccardus*, ubi supra.

3 Mihi semper, durum id visum, si de interpellatione extrà judiciali tractetur, ut ipsi tractant, & ideo non tàm facili in eorum sententiam adduci patiar, cum sciam ex mora graves, & præjudiciales effectus nasci, & videam plerisque Juris Nostri locis scriptum sæpiùs denunciandum ut in *l. si convenerit D. de pign. actione l. Emilius Largianus D. de min. l. si mandato Titij §. ille, aut ille D. mandati l. qui Romæ §. coheredes de verborum*, ideòque rectissimè puto à communi sententia decessisse *Corasium d. Miscell 1. cap. 6. & Ferrettum de mora, & ad d. l. si ex legati*, & quosdã alios; nã nec si interpellatio (quanquàm extra judicium) sollemniter tamen, & testato facta fuerit, ut exigit *Faber* quem sequitur *Bachovius ubi supra d. Thesi 6. lit. D.* operabitur, ut ideo statim committatur mora quippe quæ quod testatò sit facta nil aliud operatur, nisi ut faciliùs apud Judicem probare is, qui interpellaverit possit, se interpellasse, ut in moram constitueret, nàm hoc difficilis finitionis esse testatur *Marcellus in l. mora 32. D. de usuris*; & proinde testatò solet interpellari; Verùm respectu ejus, qui in mora constituitur si unica vice interpelletur idem est si testatò, & si non testatò interpelletur; nisi dicas cum *Bachovio* id exposci, ut seriò hoc agere cum, qui interpellat appareat, quasi disputatio esse posset de eo, qui jocosè, & perfunctoriè interpellat, nec apertum esset perfunctoriam admonitionem, vix interpellationem dici, & è contra interpellationem dici quę seriò facta est: Sanè quis credat Juris Consultos, quorum verba propriè, & cum effectu sunt explicanda, cum dixerint sæpiùs interpellandum de interpellatione perfunctoriè, non seriò facta intellexisse.

4 Rursùs nec placet quod *Faber* scribit sub *num.* 5. adversus meliores Interpretes, præsertim adversus omnium Principem *J. Cujacium* moram nunquàm purgari posse, si ex die cõtracta sit, quanquam pœna stipulationi non fuerit subjecta, quippè, ut disertè idem *Cujacius* probat *tract. 7. ad African. ad l. trajectitia 23. D. de act. & obligat.* & si ita sit cum apposita pœna quia illa longè severiorem stipulationem reddit, nam ut rectè ratiocinatur *Hugo Donellus in comment. ad l. si servum 91. §. sequitur D. de*
5 *verbor. oblig.* cum dicitur moram purgari facta oblatione rei debitæ verum id est ex tunc in antea ideoque oblatio proderit debitori in futurum, at non etiam in præterito; hinc cum ultrà rem ipsam Creditori aliquid jam quæsitum fuerit, ut evenit in stipulatione pœnali, in qua actio ad pœnam statim Creditori quæritur ex aperta conventione; non poterit oblatio deinde facta, prodesse debitori ad pœnam jam commissam evitandam, & à Creditore semel quæsitam actionẽ extorquendã, ut scriptũ extat in citata *l. trajectitia, & in l. Celsus 23. D. de receptis arbitris.*

Cæ-

6 Proinde non idem erit si simpliciter promissum fuisse ad diem, nulla tamen adiecta pœna, nam & si dies interpellet pro homine, attamen modicum illud intervallum quod diei succedit, & oblationem præcedit nullam querit actionem, prætet quàm ad illud, quod promissum fuit à principio: unde istius oblatione erit totum satisfactum. Quod si diceres, post moram contractam quæsitam actionem nō solū ad principale debitum, sed etiam ad omne illud, quod interfuit, Replicabo hoc quod interesse dicis, aut considerabile est, aut non est; si hoc secundum, nescio quid prætendere poterit Creditor; si illud primum, jam dicimus, & illud etiam offerendum esse, alioquin si non offeratur, non iuvare oblationem. Et hoc est quod *Cujacius* innuit proposita illa exceptione, *nisi actoris jus deterius factum fit*: Cæterùm hæc distinctio inter pœnalem, & simplicem stipulationem ultra *Cujacium* satis bonum Authorem, Jur. Consultos ipsos Authores habet, præcipuè *Celsum in d.l. Celsus ait 23. D. de receptis arbitris*, quo tex. evidenter *Faber* abutitur; nam ad suam sententiam contorquet, quando in eo Juris Consultus postquam dixisset de pœnali stipulatione, & quod pœna compromissi non evanescit, subdit, *contra ubi dumtaxàt dare jussus est, neque ex eo, quod oblatione purgari mora potest in stipulatione non pœnali sequitur frustra appositam diem; nam semper iuvat appositam fuisse; aut enim interfuit Creditoris ea die habere, & id quod interfuit, consequetur, aut non interfuit, & iuvabit; nam certus est, habiturum fore post modicum intervallum; non enim semper purgari posse moram dicimus, sed post modicum intervallum.* Neq; eo quod ad stipulationes quanti res est; non benè adaptaretur illa exceptio, nisi jus actoris factum deteriùs, dices esse proinde reiciendam eam exceptionem, nam primò ut, non reiciatur sufficit quod in alijs stipulationibus locum sibi vindicet, secundò quia utcunque, non ideo sequitur ut mora purgari non possit ne si debitor quidem offerat, & illud etiam quod interfuit.

7 Deniq; ad hoc facere puto *Caj* responsum in *l. & si post tres 8. D. si quis caut.* in quo frustra cum *Accursio* præter Juris Consulti mentem pœnam subjectam comminiscitur *Faber n.8.* nam ibi quanti res est debebatur, & tamē moræ purgatione admissa post paucos dies; admittitur etiā exceptio illa quàm *Cajus* subjungit *nisi actoris jus deterius factum esset*, id est ut *Accursius* benè explicavit, nisi actionis jus esset effectum deterius, non quomodo *Faber* nisi actoris nōdùm interesse cœperit; quoniam non potest supponi quod actor cœpisset agere antequam sua interesset, hoc enim qua fronte egisset, videat ipse *Faber*, qui id ipsum paulò ante *num.8.* in fine ponderaverat.

8 Rursus idē, quod dicimus, dixit apertissimè *Paulus in l. si Insulam 84. D. de verb. obl.* nam antè litem contestatam posse moram purgari disertis verbis Respondit, Nec *Faber* aufugere potest, replicando in stipulatione, de qua *Paulus* nōc subiectam stipulationem quanti res est, nec diem adiectam; nam id non juvat, quippe succedet obligatio ejus, cuja interest *l. stipulat. 72. §. Celsus l. quotiens 81. D. eodem de verb. oblig.* & Idem est ac si stipulatum fuisset quanti res est; & parum movet quod non fuerit dies adiecta, etenim dum ex illis verbis Juris Consulti, *& transierit tempus, quo potuerit facere* intelligimus per legis potestatem quoddam tempus cōstitui in quo faciendum sit, jam idem eveniet, ac si dies certa fuisset adiecta.

9 Similitèr nec effugere *Faber* potest apertū *Scevola* responsum *in §. Sejam l. si ita quis 135 D. de verbor. oblig.* replicando quod ibidem non de stipulatione ad diem, sed de pacto tractetur; nàm quamvis de pacto agi verum sit, attamèn cum illud pactum in continenti fuerit appositum, ideòque insit stipulationi; nil est quod moveat, quod de pacto tractetur, non de stipulatione, sanè ipsemet *Scevola* non dubitat quanti res est teneri, licet non intervenisse stipulationem proponatur ut legimus ibi (*nec mulieris quidquam propter eam moram interesset*) id verò non aliam rationem habere potest quàm aut quod pactum factum stipulationi insit, aut quod subsequuta in illa specie fuerit stipulatio quanti res est subintelligendum. Cæterum, & illud quod ait *Faber* apud *Scevolam* non fuisse pœnam subiectam libentissimè concedam, ideoque admissam purgationem contendo, & illud interim ab hac ejus respōsione desumo, quod vel invitus cogitur fateri, quod pœna subiecta non est locus purgationi, at si subiecta non fuisset pœna, utique locum futurum, sed post modicum tempus, & oblato etiam quod interfuit, si quid interfuisse appareat.

10 Sed quamvis in hoc tractatu de mora anxij, & solliciti Vulgares Interpretes, & *Pragmatici* sint, & plura distinguant; adhùc confusi sæpe sæpius sunt, & prolixiores, ut cuique patebit, qui eorum Commentaria evoluerit. Summa tamèn illa divisio, de qua hic *Faber*, quod mora, vel ex persona, vel ex die, vel ex re ipsa contrahatur, apud omnes recepta est, ut cōstat ex *Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 3. casu 220.* qui an uno ex dictis modis mora sic contracta, nec nè, & quis morosus debitor dici debeat, in Judicis arbitrio reponit, quod & Practici faciunt omnes.

11 Quod autem *Faber* asseverat hic, nempè vulgo

vulgo existimari, quodunica interpellatio non sufficiat ad constituendum aliquem in mora, sed opus esse multiplici. Id verùm nó est ut diximus; nàm quinimmò vulgò existimari quod unica sufficiens sit appatet, ex *Menochio* loco adducto, & ex *DD*. ab eo citatis *num*.29. quanquàm aliquando Regulam hàc generalem nonnulli limitent, ut apud *Cassaneum ad Consuet. Burgundiæ tit.de Droites rubr*.4.§.23.*Gl*.7.*n*.12.

12 At intèr casus illos, in quibus non opus est interpellatione, sed dies, ut dici solet interpellat pro homine *l.magna C. de contr. stip. Rota Gen. dec*.1.*& dec*.139.*Mising.obseru*. 95. *centur*.3. quod, & de die tacita, sicut de expressa verum esse vult *Petrus Ravenna singul*. 159. nisi tacita hæc dies, & incerta quoque foret *Rota Gen.dec*.61. inter inquam casus in quibus interpellatione non est opus singularem esse illum plerique existimát, in quo agatur de legato alicui ad diem certam relicto: quæratorque an usuræ ex eo, & à qua die debeantur? & quidem si legatum fuerit Titio cum erit annorum quindecim, statim à die quo annum decimumquintũ expleverit, absq; alia interpellatione deberi eidem Titio interesse legati *Pragmat*.asseverant, *cum Surdo decis*.57.*n*.7. *Rovit.dec*.90.*n*.5. *Merlin. de leg. lib*.2.*tit*.1.*q*.1.*nu*.20.*Consil.Rocco responso* 69. *n*.1. *& responso* 71.*n*.13. & probari Voluntex tex.*in l.Lucius Titius* §.*heredem D.ad Trebell*. cum tamē revera non probetur ex textu illo: etenim ibi tractatur de fructibus ex re per fideicōmissum relicta pervenris in posse gravati postquàm dies restitutionis advenerat de quibus sanè distinguendũ esset *l.si ita* 49.§.*pegasus D.de leg*.2. Nos vero tractamus de usuris quæ non ex legata quantitate perveniũt, sicut fructus ex re legata, sed solvendæ sunt ab hærede & exsolvendæ ultra sortē, & proinde ex mora, ut nascantur oportet; ad constituendum hæredem in mora opus est interpellatione aliqua juxta Juris Nostri principia; nisi dicere velimus scientiam præfixi diei, & quasi contractum cum legatarijs gestum tempore aditionis satis in mala fide hæredem constituere; ideoque opus non esse alia interpellatione.

13 Rursùs, & illud quoque singulare est, quod vigor juramenti præstiti, necessitatem interpellationis excludit. Ex quo enim quis daturum se, aut soluturum jure jurando promiserit in mora dandi, aut solvendi suo tempore constituitur, ut *Seraphinus de privil. juramenti privil*.47.*n*.1.*Tesaurus dec*.212.*n*.6. adnotant, quod & locum habebit etiam adversus hæredes promissoris jurantis; nàm, ut dicunt nostri, vinculum juramenti ad hæredes transit pro observantia contractus *Afflictus dec*.381.*n*.8.

14 Quod si diem non homo, sed lex ipsa præfixisset; illius adventus multò magis debitorem in mora constituere videtur, ideoque interpellatione opus non esse, foret concludendum; & tamèn cum in materia usurarum, seu fructuum dotis, & interesse donationis propter nuptias, sivè, ut nostri loquuntur antephati, cujus causa semper cum causa dotis conjungitur, & si sit lata à *Justiniano* cōstitutio in *l.unica C.de re ux.act*. qua sancitum, ut post annum hæredes mariti teneantur dotis non solutæ usuras præstare centesimas; Adhùc non desunt, qui interpellationem mulieris saltèm in antephato requirunt, quasi non sat esset *Justinianum* tempus præfinisse, cujus lapsus debitores interpellaret. Et quamvis quoad usuras antephari, sivè donationis propter nuptias rejecta jam fuerit scrupu-

15 losa illa, sivè potius superstitiosa *Afflicti decisio*, qua mulier interesse antephari, quasi interesse alterius interesse petere vetabatur, Siquidèm falsum esse assumptum ostenderant *Grammat.dec*.103. *Pisanellus* in additione ad *Afflictum*, & *Tesaur.dec*.45. undè jàm esse contrà *Afflictum*, communitèr conclusum testantur *Merlinus contr.cent*.2.*cap*,16.& *Capycius Latro dec*.125.*n*.4.*lib*.2. Et post hos *Joannes Baptista Staibanus de interesse lib*. 2. *tit*. 4. *de interesse antephati n*.40. quicquid denuò exsibilatam sententiam in scenam reponere conantur *Gratian.discept*.143. *Marescottus var.c*.97.*Fontanella de pactis col*. 8. *Gl. unica n*.26.*Ludovisius dec*.573.*nu*.17. *& Consil. Hodierna contr*.38.*n*.78.*& ad Surdum decis*.240. qui sic loquuntur ac si *Justiniani* Constitutio, totq; alia juris responsa non adessent; nam Vtcũq; illis perpensis concludũt Meliores deberi mulieri; & dotium interesse non solũ sed & antephati, & hoc pręstandũ ex causa onerosa ob amissam virginitatē volũt, ut ratiocinabatur *Capyc.Lat*.& Leotardus *de usuris q*.71 *n*.27. qui & ad quam rationem de jure communi taxari possit hujusmodi interesse docent cum de jure consuetudinario jam taxatum sit nec ultra eam summam augeri debeat ut aliàs decisum refert *Lanarius cons*.26. & si aliud *Merl*. placuerit *contr.centur*.2.*contr*.16. *num*.16. nisi ut penes *Consil. Roccbum responso* 39.*lib*.2. fuerit antephatum ex corpore legato cujus redditus majores percipiuntur: Attamen quoad tempus scilicet à qua die, & an statim elapso anno, an verò ex quo peritum fuit antephatum, & hæredes viri interpellati fuerint, solvi interesse debeat, non satis convenit inter eosdem; nam sunt qui nimis scrupulosè ponderantes verba decreti lati in causa illa, quam decisam refert *Grammaticus*, contendunt à die dumtaxat interpellationis interesse deberi; quoniam illud dicunt officio Judicis debitum; & deinde postquam hæ-

hæredes viri fuerint à muliere conventi, ut videre est apud *Consil. Hodiernam in additione ad Surd. dec.* 240. & pluribus in locis. & apud citatos *Capye. Latrum n.* 5. *&* 6. *Tesaurum dec.* citata, nam hi sic loquuntur, ut opus esse interpellatione supponant, quibus accessit novissimè *Consil. de Rosa in sua consult.*

17 Sunt etiam, qui meliore usi judicio satis esse temporis præfixi à *Iustiniano* cursum ad cõstituendum in mora hæredem existimant, ideòque interesse antephati absque ulla alia interpellatione, sicut & dotium usuras post annum esse solvendum cõtendunt cum *Surdo cons.* 122. *Amato*, *Fontanella*, *Roderico*, & similibus quos adducunt Danza *in suo tractatu de Pugna DD Pelliccionus ad consuet. Aversanas*, & sequuntur *Reg. Marcianus disput.* 49. *n.* 24. post *Marcellum Marcianum in consilijs* aliosq; ita ut tanquam certum assumatur à *Castillo in dec. Sicula* 61. *num.* 22. & à *Leotardo* ubi suprà adducto: horum autem sententia posset non malè fundari in juris locis ab ipsis indicatis, ac etiam ex texu *in l. si mora* 10. *ubi Glossa D. soluto matrimonio* quo dum necessitas imponitur hæredi offerendi dotem, atque ità additamentum sive antephatum, satis intelligimus non solum non expectare petitionem hæredem oportere, sed ultrò offerendi necessitatem ei impositam esse, Id quod *Justinianus* confirmavit; nam præstito anni beneficio, adeò voluit post annum hæredes teneri, & teneri, ut de jure jam tenebantur, idest ad ultro offerendum, ut ni offerant mulctet eos gravissimis usuris, idest centesimis.

Cæterùm hoc ipsum, quod dictum est de interpellatione non necessaria de jure communi, multò magis locum habebit in hac Civitate Neapolitana, stante *Consuetudine* in scriptis redacta incipiente *viro mortuo*, per quam apertis verbis imponitur post certum spatium hæredibus mariti necessitas dotem solvendi: atq; ita illos in mora Cõsuetudo cõstituit, quod adeo apertum ut ea inspecta debeti interesse sine interpellatione pronunciẽt passim melioris notæ *Pragmatici* cum *Franco dec.* 217. *dec.* 472. & cum *Doctiss. Galeota cõtr.* 60. *n.* 8. *Fachin. contr. lib.* 3. *cap.* 101. nec dubitant hujusmodi statuta, & consuetudines taxantes hoc interesse omni jure esse valida, quicquid moverint *Grat. discept. cap.* 193. *n.* 43 alijque apud *Lucam ad Francum ubi sup.* nam id *Mesa variarum cap.* 18. *& cap.* 46. *num.* 9. & adducti *à Luca num.* 3. ad oculum ponunt, & si non desint qui de jure communi hujusmodi interesse denegandum mordicus velint, & sufficere quod alimenta Viduę subministrentur, aut tantum pro interesse quãtum ad alimenta sufficiant; quod & *Leotardus* admisisse videtur *de usuris cap.* 30. *nu.* 59. *& Castillo* 8. *contr. cap.* 49. *num.* 31. quorum, & aliorum dicta expendit, sed ex abundanti nam jam pro se statutum patruim Inclitæ Reipublicæ Januensis habebat *D. Hieronymus Valdetarus* nobilitate, & eruditione eximius Advocatus in Juris Responso edito pro Creditoribus Patrimonij Ill. Marchionis Montis Felicis cum Paula Maria Grimaldi. & quamvis referatur aliquando decisum, ut apud *Grammaticum decis. supra cit.* quod interesse fuerit præstitũ à die petitionis id evenit; quoniam petitio facta fuit statim, elapso anno, aut antequam annus laberetur, aut quia mulier contenta alimentis etiam post tempus fuit, ut apud *de Mar. ad Reve. obser* 263. Quid autem dicendum, si mulier intra annum, nec interesse dotis nec antephati petierit, nec alimenta, & alia ad materiam habes penes citatos DD. & penes *Lucam* item penes *Molfesium p.* 6. *de jure dotium q.* 10. *& alibi.*

18 Rursùs quoad Regulam, quod dies interpellat pro homine eam limitant, & rectè, qui doctiores in foro sunt, nisi dilatio data fuisset nimis brevis, & intrà modici temporis angustias restricta, ut *Ozasebus dec.* 71. *Tesaurus dec.* 212. advertit, & nisi Creditor statuta die abfuerit à loco, solutioni adjecto, *Afflictus dec.* 316. *Mohedanus decis.* 307. *Rota Gen. dec.* 175. *n.* 17. *Menochius cons.* 355. *lib.* 4 Et denique nisi in re danda, aut facienda adeò magna difficultas emerserit, ut longiori spatio ad eam superandam opus fuerit *Maranta in speculo disp.* 7. *n.* 11.

Insuper, & ad moram, quæ ab interpellatione facta, originem sumit, deveniendo, illud adnotandum est, quod Nostri id ipsum sentiunt, quod *Faber*, & fatentur extrajudicialem interpellationem adhùc in moram constituere debitorem posse cum *Rota Genuẽsi in decis.* 24. *dec.* 68. *in dec.* 175. *n.* 13. & alibi Aloisio *de Alberico singul.* 39. *Cassan. ad cõsuet. Burgundia tit. De sdroit rubr.* 4. §. 33. *Gl.* 7. Admonent tamèn, nèc malè verum id esse nisi requireretur quoque officium Judicis, quod non censetur imploratum per extrajudicialẽ interpellationem: ut post *Bartolum*, *& Jasonem M. Mantua scripsit singul.* 307. illud verò quod exigunt *Affl. in dec.* 316, *& Sola ad Consuet. Sabaudia Gl.* 1. *super decreto licet sit de jure emphyteutico*, Ut scilicet interpellationis judicialis detur exemplum, & ut loquuntur mandati facti detur copia id ipsum est quod *Faber*, & *Bachovius* supra exigebant, nempè ut interpellatio, & si extrajudicialiter fiat, tamèn fiat testatò, ut de ea constet.

19 Neq; his modis contrahendi moram cõtẽti alterum addunt Nostri quo moram irregularem contrahi dicunt, habereque locum in contractibus innominatis volunt, & in Nonominatis quoque, sed correspectivis; nam

in

in his, cum ab utroque contrahente aliquid faciendum, aut dandum est; alterutro pro sua parte adimplente, statim alter in mora constituetur. *Vera dec.* 108. post *Bartolum in l. curabit C. de act. empti*, id quod locum habere vult *Cravetta cons.* 246. non quando ad pœnam, sed quando ad interesse actum fuerit.

10 His pro Coronide addendum, quod contracta mora impunita esse non debet, ideoque semper in beneficium Creditoris ad consequendum, quod ejus interfit, jus parit, hoc autem interesse quod diversum est ab usuris semper deberi licitè advertunt tum Civilistæ, tum Canonistæ, & Theologi hoc latiùs explicantes cum *Molina tomo* 2. *de justitia, & jure, & tom.* 2. *de contractibus disput.* 315. *Medina tit. de rebus per usuram acqu. tom.* 2. *Navarra in manuali, & similes, quibus assentiuntur Scaccia de cambijs ampl.* 8. *n.* 98. & *nu.* 151. *Giurba dec.* 27. *Consil. Roccus responso* 19. *nu.* 4. at quomodo in foro hoc interesse æstimandum, docet *Magonius dec.* 28. *n.* 7.



CAPUT VIII.

Ad §. si cui fundus alienus instit. de legatis.

SUMMARIUM.

1 *Faber injuria reprahendit Tribonianum.*
2 *Vera explicatio Responsi Juliani in l. non quocunque* 82.
3 *Quid Veteres Interpretes.*
4 *De legato rei alienæ, rei legatarij, & rei heredis.*
5 *Aliquando etiam si ex causa onerosa rem habuit legatarius non habebit legatum.*

1 ET quis adeò *Triboniano* inimicus ut credat errasse eum non solùm in percipiendis Juris Consultorum verbis, sed etiam in illis referendis? quod si adeò ignarus ipse adeò expers Juris Scriptorum quid quæso ei cum illis quid cum Juris libris? Cæterum in §. *si cui fundus instit. de legatis* nec percepisse eum, nec rectè retulisse quod *Julianus* responderat in *l. non quocunque* 38. §. *fundus mihi D. de leg.* 1. quidquid in hoc capite contendat *Faber* nunquàm dicam; nam scio *Tribonianum* alioquin apprimè doctũ, & diligentem, integrum *Julianũ* habuisse adeòque melius & uberius potuisse sententiam illius dignoscere, & quæ nam fuerit referre, quã Nos quibus tantum *Juliani* fragmenta supersunt, quãquam, & ex his, si potius juris rationem inspicere, quàm subtiles agere velimus etiam pateat non obscurè illud *Julianum* sentijsse quod *Tribonianus* ex ipso refert: &

2 sanè cum scripserit quod si ex testamẽto egeto, Judex tanti litem existimare debebit, quantum mihi abfuit; jàm innuit me totum petere ex testamento potuisse in agendo & ideò ad Judicis officium descendi, alioquin non opus ad hoc recurrere, si nil aliud petitum, quàm quod abest. Quod si dixeris me agendo ex testamento rem non certam petere, ideòque æstimaturum Judicem quid in condemnationem sit deducendum, vereor ne in Juris principia impingas, dum legatarium rei certæ ex testamento agentem, rem non certam petere dicis; petet ergò legatarius etiam ex *Juliani* sententia fundum: quid enim aliud petiturus? dum ex testamento agit? at Judicis officio id dumtaxat quod ei abfuit, consequetur, nempè proprietatis emptæ pretium. Neque in hujusmodi hypothesi plus petijsse legatarius videbitur (quæ unica dubitandi Ratio fuerat, & quæ secũdum *Fabri* expositionem destrueretur, adeo ut prorsùs de re indubitata Juris Consultus, & Imperator Respondissent) quia ut ait J. Consf. ususfructus in petitione servitutis locum obtinet, quod quanquam variè ab Interpretibus explicatum, mihi nõ aliud significat, nisi quia hic non ususfructus etiam principalitèr petitur, atque ita non id quoque, quod ex lucrativa causa jàm habuit, denuò nititur habere legatarius, sed in consequentiam petit, dum petit fundum. hæc autem pro *Tribon.* adversùs *Fabrum* attulisse sufficiat; quoniam alia qui volet, & forsan meliora habet apud *Marcum Linklamam membranarum* 6. *ecloga* 2. ab eoque expetere potest, dum nos ad alia investiganda transitum faciemus.

3 Et quidem Reperentes Nostri, in *Juliani* Responso de quo hic, & si illud inspexerint, & observaverint multo meliùs quã *Faber* nullam cum *Tribon.* §. *fundus* invenère cõtrarietatem, ut ex eorum cõmentararijs videre est, itemque ex his quæ in *institutionibus*, *Jason. Nicasius Oinotimus*, & similes scripsère, hinc sentière cõmmunitèr conjungendos institutionum, & digestorum textus, ab illisque intelligendum, quod legatũ tũnc extinguatur, cum ex causa lucrativa eadem res ad legatarium pervenit, non autem cum ex causa onerosa; unde si legatus fuerit fundus, cujus proprietas quidem ex causa onerosa: sed ejusdem fundi ususfructus, ex causa lucrativa, ad legatarium pervenisset (lucrativã enim fuisse causam in proposita specie quæ usumfructum attulit ex eo constat quoniam per capitis diminutiorem usufructuarij, ususfructus cum proprietate est consolidatus) tunc proprietatis tantummodo æstimationem ha-

tes præstabit, non totius fundi legati, nam & si totum habeat fundũ legatarius, fat est, quod pro usufructu nil ab eo fuerit solutum ideoq; quod ex lucrativa causa ad eum pervenerit ut explicat post Interpretes *Pragmatici* quoque cum *Crasso recept. sent. §. legatum qu.24. & infrà.*

4 His adiciendum erit, quod si testator rem aliquam legavit Titio, quam ipsemet Titius ab alio redimerat, vel ab ipsomet hærede emerat, habebit Titius ex causa legati actionem adversùs hæredẽ, ut consequeretur legatæ rei pretium quod soluit, ut post *Bartolum, & DD. in l. hujusmodi 76. §. qui servum D. de leg.1. Boerius cons.9.* concludit. hinc generalitèr traditum est in re aliena legata, quod quotiès legatario tradi nequit quia dominus vendere eam recusat, æstimatio illius ab hærede præstanda erit *Mantica de conject. ult. volunt. lib.9. tit.8.* Cæterum si non res aliena, sed illa, quæ propria est legatarij, eidem legetur: tunc si eadem res alteri obligata reperiatur, videbitur gravatus hæres, ut eam luat, & liberet, quod *Petrus Ravenna sing.* 364. & alij passim tradunt, aut si rem propriã hæredis testator alicui legaßet, eaque ab hærede alienata reperiatur, tenebitur hæres pretium illius exsolvere legatario, ut apud Nostros constare adnotavit *Tepata lib.2. sentent. tit. de leg. in genere.*

5 Rursùs, & illud quoque adnotandũ, quod aliquando evenit, ut nec æstimationem legatarius consequatur quamvis ex causa onerosa ad eum res legata pervenisset, ut evenit si ipse rem sibi legatam non legati causa, sed ob aliquod suum creditum petierit, aut ob illud in solutum receperit, ut pluribus explicat *Andreolus contr.* 403. *n.* 33.



CAPVT IX.

Exponitur tex. in l. 1. D. de rerum permutatione.

SVMMARIVM.

1 *Actum agit Faber.*
2 *Ejus prima assertio ab Accursio sumpta.*
3 *Item secunda à Bart. & alijs.*
4 *Item tertia assertio a Jasone.*
5 *Item quarta assertio ab Accursio.*
6 *Sed hæc posset in dubium revocari.*
7 *Item quinta assertio a Francisco Connano.*
8 *Quæ in dubium potest revocari ex apertis juribus.*
9 *Fabri responsio.*
10 *Reijcitur.*
11 *Pragmaticorum sententia.*
12 *In permutatione locus enormissimæ læsioni.*
13 *Permutatio in dote locum non habet.*
14 *Sed habet in Territorijs, & feudis.*
15 *Item in beneficijs.*
16 *Simoniacus, & si beneficium permutaverit nõ consequetur illud quod accipit.*
17 *In beneficiorum permutatione adhùc læsio potest intervenire.*
18 *Si rescindatur permutatio, non opus nova concessione beneficiorum.*

1 Quod origo emendi, vendendiq; à permutatione initium cæperit: quodve disputatum inter antiquos fuerit, an rerum permutatione emptio, & venditio cõtrahi possit, vulgatissimum est, tum ex *l. 1. D. de contr. empt.* tum ex *§. præterea sicut instit. de locat. & cond.* est etiam, aut non obscurum, quod *Paulus* Respondet in *l. 1. D. de rerũ permutatione*, aut si obscurum satis Interpretum Commentarijs illustratũ hinc concludi poterit, non opus esse, & *Fabrianis* conjecturis & incassum eum ad singula legis verba, non tàm Accursiano more, quàm suo verbosum commentarium adrexuisse: sed quoniam tamen id egit *Faber* non erit supervacaneum ne cui imponat quod actum investigare, arq; omnia ab alijs mutuatum *Fabrum* ostendere hic transtulisse.

2 Ait itaque primò, aliud esse venditionem, aliud emptionem, nam aliud est emptor, aliud venditor; Quod quidem verissimũ est, & in principio legis à *Paulo* propositum. Cæterùm non opus erat nunc repeti, quoniam ab *Accursio*, & ab alijs adnotatũ fuerat, ideòque neminem posse, & venditorem esse, & emptorem ex *l. pupillus §. pupillus D. de authoritate tutorũ*, concluserunt. Hoc ipsum quoq; dicimus de eo quod sequitur apud *Fabrum*, quod scilicet ideo diversa emptio, & venditio à permutatione, quoniam in emptione certum pretium intervenit; nam illo qui rem alienat, vendiror est, qui illum solvit emptor rei, quæ ipso pretio æstimatur quod tamen in permutatione non intervenit: Nam hoc etiam *Accursius* explicaverat, sivè *Vivianus*, aut alius ex veteribus, qui primam Glossam ad tex. fecit, dum in illa scripsit *Primo in vẽditione discernitur emptor à venditore, & res à pretio quia in permutatione pretium non est*, quod & rursùs adnotatum ad verbum *venditor in l. 1. §. 1. D. de contr. emp.*

3 Ait secundò, quod ideò scripsit *Paulus* differre, & alias esse emptoris, alias vẽditoris præstationes; quia emptor nisi nummos accipiẽtis fecerit tenetur ex vendito, cum venditori sufficiat ad evictionem, se obligare, & possessionem tradere, & purgari de dolo maloq,

sed

sed hoc quoque tùm ab *Accursio*, tùm à *Bartolo*, *Jasone*, & *Paulo de Castro*, & similibus ad *Pauli* verba adnotatum fuerat, ut & postea fuit a Neorericis elegantius expositum, præcipuè à *Wesembecio in paratitlis* adhùc locum. Quanqua ratio a *Fabro* allata sub *n*.4. nonomninò tuta sit; nam primò, quod ait emptorem, nun tàm de dominio, quam de venditoris jure acquirendo cogitate, inverisimile est; eum cogitare eum de re ipsa sibi acquirenda, certum sit, id verũ cum nõ meliori modo facere posse sciar quã si ipsius rei dominiũ acquirat, dominium ipsius rei desiderare eum verisimile est, sanè si illud jus, quod venditor haber, sibi acquiri satagit, id non aliam ob causam agit, nisi quia ita se dominium, quod in veodirore esse sibi persuasum habet ad se perventurum credit; argumentum rei quod si sciret dominium nõ esse penes vẽditorem, utique ab eo non emeret diligens paterfamilias, & si sciret usocapiendi causam acquirere posse, & de evictione obligatum venditorem habiturum esse. Rursùs quod ait, idem *Faber* ideò teneri emprorem nummos venditoris facere; quia ipsis evictis ad id, quod interest teneretur, reneri autem ratione nũmorum ad id qood interest civilis legislator non admittit, nisi dies, aut locus adjectus fuerit *l. nummos* 3. *D. de in litem jurando, ne facilè in infinitum quantitas condemnationis excurreret*, adhùc facilè refelli potest, tum eo quia timor hic, ne in infinitum quantitas condemnationis excurreret, vanos est, cùm potuisset legislator refrænare hujusmodi interesse, oti & refrænavit, cum jurari in litem ad infinitum usque concessit; dum id ipsum postea in Judicis arbitrium remisit, ut in *l. in actionibus* §. 1. *D. de in litem jurando*, unde nil prohibebat hoc idem in præsenri servandum jubere, tum etiam quia in proposito æstimatio etiam ex diei adjectione coarctari potuisset; debira enim pecunia ea die est, qua cõtractus emprionis perfectus est, igitur ex hac die quid interfuerir æstimari potuisset; non ergo vera ea ratio est quam ut veram assignavit *Faber*, sed iterum ad illam recurrendum erit quam Interpretes tradidère, aut nova excogitanda.

4 Ait tertio *sub n*.6. *Faber* illis verbis *Pauli*, *in permutatione verò si utrumque pretium est utriusque rem fieri oportet, si merx neutrius*, significare in eo maximè dignosci emptionis, & permutationis differentiam, quod cum in emprione merces tradantur, & pretium detur, in permutatione ab uttoque res dari oporteat, cum tamen falsum esset quod dicitur de dominio si eodem ac emptionis jure permutario censeretur; siquidem si merces utrinque permutarentur, nulla ex parte dominium transferretur quoniam in emptione nõ opus transferri; at si pretium ab utraq; parte daretur transferretur uti utraque ex parte dominium, hæc *Faber* quæ, & si pluribus inculcara, & repetita ab ipso integra tamen ex antiquorũ Interpretũ scriptis sunt, præcipuè *Jason*. Cærerùm quanquàm plerisque obscura Juris Consulti supra relata sententia visa sit mihi aperta viderur, & quæ tribus verbis explicari posset, ait Juris Consultus ideò permutationẽ non posse diei emptionẽ; quia si propooas utrumque pretium esse, sequitur utriusque rem fieri uporrere: at si utriusque res fieri oportet, emprio non est; nàm in emptione tantum emptor facere nummos vẽditoris, non è contrà rem facere venditor emptoris tenetur. Si proponas urramque mercedem esse, sequeretur neutrius fieri oportere quod datur, si emptio esset; nàm facere mercem emptoris non renetur venditor: atqui in permutatione è contrario fieri oporrer: ergò permutatio emptio non est. Denique si proponeres alterum mercis loco, alrerum pretij habendum, non porerit inveniri quid eorum pretium, quid merx sit: par enim ratio militar in utroque.

5 Ait quartò *Faber n*.8. quod is, qui permutationis titulo tradidit rem alienam, quę posteà evicta sit, in id omne, quod alrerius interest tenebitur, & nihilominùs ex *l*. 1, *C. de rerũ permutatione*, si rem daram venalem non habuerit, condicere posset condictione dati ob causam causa non sequuta: At hoc omne ab *Accursio* didicit sicut, & didicère quoque qui hoc ipsum tradidere *Julius Pacius ad rubr. Cod. de cond. ob causam*, *Gilbertus Regius lib*. 2. *contr. cap*. 10. & *Hotom*. 3. *obs. cap*. 2. qui, & negativam expungit; & sanè *Accursius* primus fuit, qui hanc electionem tribueret ei à quo evicta, res data fuerat; idcòque ad *Pauli* verba *in* §. *ult. hujus l*. 1. *de permutat. Non in hoc agemus* subaudiẽdam voluit particulam (*tantum*) quod deinde admisère antiquiores *Bart. Bald. Ang. & Jason. in com.*

6 Sed hoc ipsum si verum fatendum est, posset facillimè in dubiũ revocari ex eo quod *Paulus* ex Pedio ait *non agi ad id, quod interest*, unde nequaquam agi posse sentière postea viri doctissimi *Matthaeus Wesembecius in paratitlis ad hunc tit. de rerum permutat. n*. 9. *Dionysius Gothofredus in notis* ad hanc *l. primam*, & alij nonnulli; nec desunt qui è contrario actione quidem in factum, & præscriptis verbis, non irem condictione agi posse asseverent, & quod ait Pedius, explicandum de eo volunt qui cum rem alienam tradidisset ad id quod intererat sibi, vicissim rem alteram accepisse, agere vellet; hunc enim cum rẽ à se datam accipientis non fecerir, non aliud habere volunt, quàm condictionem, sequuti *Jacobum Cujacium obser*. 23. *cap*. 28. *Treule-*

rum disp. 30. *de prascr. ver. Thesi* 3. *vol.* 1. unde ibidem *Bachovius* utramque sententiam *Accursianam* scilicet , & *Cujacianam* probabilem existimat.

7 Quod si non res ipsa quæ data evicta fuerit , sed re data ab uno, alter suam non dederit, & si acceperit: an is qui dedit, conditionem habeat, an potius ad interesse agat, ambiguum erit; nàm plures ex citatis DD. casū hunc à præcedenti non diversificant, & id ipsum in hoc, ut in illo servati volunt, idemq; esse rem non datā fuisse, & datam, sed evictam; at *Faber*, hunc casum diversum ab antecedenti facere videtur & in eo non esse ejus, qui dedit electionem, an ad interesse agat, an potiùs rem suam condicat, scribit *n.* 11. contenditque non posse aliud qui dedit si alter dare nolit, quam rem suam condicere, differentiæ autem rationem inter hunc, & superiorem casum eam assignat quod com in antecedenti tradita res proponatur, iàm contracta permutatio fuit, ideoque re evicta, ad id, quod interest agi poterit, at in hoc cum non adhùc res præstita ab altero fuerit non videbitur permutatio contracta, neque perfecta, & proinde tantùmmodo condictioni locus erit. Sed hanc etiam ratiocinationem, quanquàm supprimat ut solet nomen, & quanquàm more suo uti propriam ostentet, *Faber* à *Franc. Connano* gravissimo Juris Consulto *comment.* 7. *cap.* 5. *num.* 7. didicit, unde qui illam admittere velit non *Fabrum*, sed *Connanum* sectabitur, sciat tamen non adeo in-
8 concussam esse, ut non facillimè possit in dubium revocari ex aperto ejusdem *Pauli* Responso in *l. naturalis* 5. §. *& si quidem D. de præscriptis verbis*, in quo electio agendi ad id, quod interest, vel condicendi conceditur, sicut & in *l. quoniam* 5. *& in l. emptorem* 7. *C. de rerum permutatione.*

9 Quod sanè nec dissimulare potuit *Faber*, sed respondit in citata *l. naturalis Paulum* de contractu, do ut des diversum à permutatione loquutum fuisse, ideòque electionem concessisse quod & dixit quoque de Rescriptis *l.* 5. *&* 7. *C. de rerum permutatione.*

10 At non bonam responsionē ex eo constat quod in illis verbis; *quia nō placet permutationem rerum emptionem esse* satis ostendit Juris Consultus quod dixit, etiam in permutatione locum habere, & idem esse contractum do, ut des cum permutatione, ut rectè ex hac lege, & ex *l. pen. C. de rerum permutatione* advertunt *Connanus d. lib.* 7. *cap.* 15. *Donellus ad tit. de præscriptis verbis cap.* 3. *Pinellus ad rubr. C. de rescind. vend.* & alij, quorum omnium ingeniosissimè id probat, removendo commentitias differentias *Bachovius in notatis a Treutlerum dicto vol.* 1. *disp.* 30. *Thesi* 6. Nec diversitates à *Fabro* propositæ inter contractum do, ut des, & permutationem recipi possunt, nam prima quod contractus do, ut des sit solum permutationis principium, insulsa, & vana est, ut idem *Bachovius* ostendit, ubi supra; altera quod permutatio non fit quando do ut des, sed cum do, quia tu dedisti, ejusdem est qualitatis, quippe cum is qui dedit, non alia de causa dedit, nisi, ut secundus daret, nemo non videt ab hoc secundo datum, ut ei daretur; quod si is qui secundo loco dat ideo dat quia alter dedit, etiā id in cōtractu do, ut des evenit, quoniam is qui dat, dat quia ei datum fuit. tertia ratio denique quod permutatio non fiat nisi præcedat pactum permutandi, & contractus do, ut des, nullam præcedentem conventionem desiderat, & ipsa, ut priores inepta est; nàm ultra quod pactum sicut permutationem, ità & contractū do, ut des præcedere quoque potest, adhùc sicut nullo præcedente pacto possū tibi dare, ut vicissim des, ità & rem meam cum tua permutare potero, scilicet dare tibi rem meam, ut tuam vicissim accipiam. Cæterùm si hoc pactum permutandi in simplici promissione sistat, permutatio non erit, ut quidem non esse, vel idem *Faber* paulò antè contenderat, dum implendum ex utraque parte expostulabat; at si non sistat sed ad actum perveniat, certum est quod tunc permutatio sequetur, cùm datur, ut vicissim detur, & cum datur ut vicissim recipiatur hoc unde sacit ut permutatio revera nō aliud sit quam rei datio ut res detur, atque ita nonnisi contractus do ut des; quamvis quia permutatio solum in rebus ipsis consistit, poterit dici aliquanto angustiorem esse.

11 Cum igitur quæ suprà de permutatione, ejusve differentia à contractu venditionis, & emptionis *Faber* attulit ferè omnia ab *Accursio, Bartolo, Paul. de Castro, Jasone*, & similibus veteribus Interpretibus desumpserit, restat ut *Pragm.* audiamus, & hi primò notant præcipuam differentiam esse inter permutationem, & venditionem, quod in hac nummi in illa nequaquàm interveniant, prout in nostro tex. expressum est. Hinc cū quæritur, an venditio facta fuerit nec ne ut locus retractui legali, aut conventionali esse possit. Illud primo inspiciunt, an pecunia pro pretio intervenerit, quod *Boerius* monuit *decis.* 144. nam plerumque simulatio intervenire solet, de qua idem Boerius *dec.* 187. *n.* 15.

12 Secundò notant nedùm in venditione, & emptione, sed in permutatione quoque locū esse enormissimæ læsioni, atque in hoc similes esse quod sicut in una, ita in altera agi de evictione poterit, ut concludunt cum *Decio cons.* 220. læsus autem alter ex permutātibus apparebit, non solùm si rem longè minoris valoris receperit, ejus quam tradidit, Sed etiā

fi

si constiterit super te Recepta longè majus onus, quàm super re data fuisse impositum, aut longè majus onus eo quod fuerat expressum repertum fuerit, & ità in decisionibus diversorum *tomo* 3. *decis.* 211. adnotatum est; nàm ad evictionem rei traditæ permutantem teneri in confesso est apud omnes: ideoq; eum, à quo res fuit evicta agere posse, ut vel rei evictæ pretium si malit, vel rem ipsam traditam consequatur; est exploratum proinde res permutatas remanere pro evictione extrinsecus obligatas ut communiter Practici asserunt cum *Franco decis.* 34. & Addentibus.

13 Tertiò adnotât Nostri quod excepta dote sive exceptis corporibus dotalibus, quæ permutari etiam Muliere consentiente nequeunt in dotis detrimentum *l. si constante* 27. *D. de jure dotium Gratianus discept. cap.* 435. poterit namque mulier, & si permutasset contra factū proprium venire, ut ex *Speculatore tit. de empt. & vendit. §. tertio loco num.* 9. adnotavit *Cæsarus Peregr. quæst.* 20. *num.* 26. Excepta in quā dote, & quibusdam alijs, permutatio in omnibus locum habebit etiam in his quæ
14 alias vendi non possent, unde nedum territoria permutari posse, sed feuda advertère *Molina de Hispan. Primog. lib.* 14. *cap.* 4. *nu.* 1. & *Boerius consf.* 42. Quinimmò & Ecclesiastica beneficia, præcedente tamen Summi Pontificis licentia, *Decius cons.* 145. & idem *Boerius decis.* 205. *Gennensis, Cavalc.* & alij quorum meminit *Reg. de Mariuis quotid.* 1. *cap.* 37. ibique *Rodoerius*, & accedente etiā, si collatio beneficij ad laicum patronum pertineat, ipsius patroni consensu in permutatione, ut ex *Canone decernimus* 16. *q.* 7. *Bellamera* docuit *dec.* 177. *item* 179. & 181. & explicat doctè, & ad rem idem citatus *Rodoerius* ad caput *de Marinis* 69. ubi monet patroni non requisitio assensus reddere nullam permutationem beneficiorum non quidem ipso jure, sed per sententiam interponendam.

16 Quæri tamen solet, in hac materia si alter ex permutantibus jus ad beneficium, quod cessit nō habebat: puta quia simoniacus fuerat, an alterum beneficium quod in vicem traditi recepit consequatur, & negativè respondet *Guidon. Papa singul.* 830. quamvis de hac
17 re potiùs Theologis, & Canonistis, quàm Civilistis standum erit. Cæterùm in permutatione beneficiorum, si læsio intervenisset (posse enim intervenire fatentur omnes) ut si exempli gratia alterū ex beneficijs reperiretur pēsionibus, & oneribus gravatum, poterit agi de evictione, ut notat *Paponius lib.* 2. *tit.* 7. *Arresto primo*, & apud Judicem Ecclesiasticum, ut idem *lib.* 3. *tit.* 10. *Aresto* 5. tunc recursum habebit is, à quo beneficium evictum fuerit, ut idem *Bellamera* notat *conclus.* 348. undè cum beneficia permutantur debere exprimi debitas pensiones, & onera omnia advertit *Cavalcanus decis.* 25.
18 *à num.* 46. *par.* 2. *de contractibus.* Cæterùm si permutatio beneficiorum rescinderetur, non opus esse nova collatione, sed posse absque illa permutantes ad primæva beneficia redire *Boerius* scripsit *in decis.* 97. & in sequenti *decis.* 98. quid de fructibus medio tempore perceptis dicendum sit, adnotavit.

Denique & illud quoque observatum est, permutationem non esse in alterius fraudem faciendam, quod quando eveniat *Bellamera* docet *concl.* 344. *Rota* etiam in antiquis *decis.* 2. alias 261. & *Thomas Faustus decis. Canonica* 60.



CAPVT X.

De l. ult. D. de cond. causa data.

SVMMARIVM.

1 *Quid Interpretes in expositione hujus l. ultima.*
2 *Quid Faber.*
3 *Fabriana expositio rejcitur.*
4 *Explicantur Celsi verba in hac l. ult.*
5 *Antinomia inter Celsum, & Paulum.*
6 *Receptior Conciliatio.*
7 *Fabriana non commoda ad verba Pauli.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid Pragmatici.*
10 *Qui agit in contractibus innominatis se adimplevisse probare debet.*
11 *Nisi pendeat implementum ex alterius facto.*

1 PErtinet ad ea, quæ in præcedenti Capite dicta sunt Celsi Responsum in *l. ult. D. de cond. causa data*, in quo venit in controversiam, si dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, utrum id contractus genus pro portione emptionis, & venditionis est, an nulla hic alia obligatio est; quam ob rem dati, re non sequuta, & in hoc procliviorem se esse fatetur Juris Consultus.

Sed in his quærunt Interpretes primò, quid nàm sit, de quo dubitat *Celsus*; deindè quidnam sit quod Respondet, & circa primum communiter credunt post *Accursium* quæsitum, an in specie proposita contractus emptionis intervenerit, nec nè. Cæterùm Quidam in illis verbis *pro portione emptionis*, illud *pro portione* conjunctim legunt, & explicāt, an simetria, vel analogia servata, emptio, & venditio sit: sivè ut *Cujacius obser.* 23. *c.* 29. sequutus *a Gothofredo* in notis vertit, *an species*

cies emptionis, an idem quod emptio. Alij contrà disiunctiuè legunt, *pro portione*, & quæsitum ajunt apud *Celsum*, an *pro parte emptio*, & venditio fuerit pro parte non? & cum his sentit *Marcus Linklama membranarum 6. Ecloga prima*. Alij tandem utramque recipiunt explicationem, & lectionem cum *Forcatulo Neciom.Dialogo 49.num.2*.

2 His tñ non contentus *Faber* aliquid aliud voluit comminisci, & sub *n.2.* scripsit à *Celso* quæsitum, an permutatio in proposita specie contracta esset, conclusumque ab eo, non esse, & non aliam contractam obligationem, quam ob rem dati, Re non sequuta; verùm, ita ut solet differens à scopo aberrat.

3 Primò dum dubitatum ait, an permutatio contracta esset cum certum foret emptionem non esse, etenim in proposito ex Juris Consulti verbis apertissimè constat potissimè dubitatum, en emptio esset contracta ea ratione quod ita videbatur ex Regula à *Paulo* proposita *in l.naturalis 5. §.1. D.de præscriptis verbis*, ibi, *Si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio, & venditio est*. Verùm ratio decidendi illa fuit quod pecunia pretij nomine data non fuerat; nàm non pecunia omnis, quæ sic datur, ut vicissim res detur, sed ea sola, quæ ex conventione inter emptorem, & venditorem inhita datur, pretium est, & emtionis contractum facit; ea tamen ratio dedicendi, quam & *Faber* hic adducit tanquam suam cum mutuò sumpserit à *Joanne Corasio Miscellan.lib.1.cap.9.n.5.* facit quidem, ut proinde concludat rectissimè *Celsus* emptionem non esse, nec adversetur *Paulo*, contrà quam credant plerique, præsertim magni nominis vir *Gugliel.Ranchinus 3. variarum lect. cap.8.* at facere non poterat quin primo intuitu, dum hinc pecunia, inde res data proponebatur, non videretur emptio contracta; idve an ita sit dubitari non potuisset.

Secundò à scopo aberrat *Faber* dum illa verba, utrum *pro portione emptionis, & venditionis est*, ita explicat, ac si scriptum foret, *utrum permutationis genus hic contractus sit*, nec videt nullo modo ea hunc sensum admittere; nàm quanquàm permutatio similis emptioni esse dicatur, disertè tamèn aliud emptionem, aliud permutationem esse scripsit *Paulus in l.prima D. de rerum permutatione*, de qua in antecedenti capite; hinc cum pecuniam pro re datam proponat *Celsus*, ineptè loqueretur, si dum quærit, an pro portione emptio, & venditio facta sit, intenderet quærere an permutatio facta esset, ineptè quidem, nàm permutatio species emptionis non est, ut perperam *Faber*, sed quinimmò è contrà emptio species dici poterit permutationis, à qua originem sumpsit *§.primo instit de locato, & conducto*, undè emptio analogiam, & proportionem habet quandam ad permutationē & constat ex eo ortam, quod cum non semper ego quod tu desiderabas haberem, & viceversa tu quod ego elegerā dare poteras, opus fuit in aliquam materiam cōmuni electione concurrere, quæ ex publica existimatione vice omniū esset; Unde cum permutatio pro parte emptio non sit, sed longè aliud diversum, ut supra diximus non sic debuit *Celsus* loqui, an proportione emptio sit; dum an permutatio foret quærebatur.

Tertiò *Faber* aberrat; nàm assumens (id quod perpetuò ei negatur) permutationem non esse contractum do ut des, ait *n.3. Celsum* concludere in præsenti specie permutationē non esse, sed contractu do, ut des: acutè sanè, quando adhùc si concederemus permutationem diversam esse à contractis do, ut des, cur potius in hunc, quàm in illam proclivior fuerit *Celsus* nil est unde possit desumi. Cum, quod ait nulla obligatio est, quam ob rem dati, re non sequuta id permutationi aptissimè conveniat, & ipsemet *Faber* in permutationem locum habere conditionem ob rem dati re non sequuta confiteatur sub *num. 8.* in fine: Quinimmò ut certum *num.11.* adfirmaverit. igitur sivè permutatio idem cum contractu do, ut des, ut verior sententia est, sivè aliud, & diversum; semper illud verum erit quod *Celsus* in præsenti quicquid *Faber* comminiscatur, permutationem esse contractam concludit. Hinc rectissimè *Græci, ut Cujacius* advertit *lib.26. Basilicorum tit.1.cap.76* vertère hunc textum, *si tibi pecuniam dem, ut mihi Petrum dares, venditio non est, sed permutatio*, quod & similibus verbis *Cyrillus*, & & alij ibidem exprimunt.

4 Nèc me movet, quod *Celsus* dicat nasci obligationem, non dicat nasci condictionem, & quod ex obligatione agi poterit non tantum ut quod datum est restituatur, sed etiam ut præstetur quod mea interest; Nàm ultrà quod ita superstitiosè, *Celsi* verba captātur potiùs, quàm explicantur contrà *Celsi* filij sententiam in *l.si servum §.sequitur D. de verborum obligat.* & contrà ipsiusmet *Celsi* mentem, qui infrà quid intellexerit in illis verbis *nulla alia obligatio est*, satis explicat, dicens *repetere à te pecuniam potero*, & rursus *quominus repetere possim*, adhùc illud ipsum in permutatione, de qua in proposita specie, rectè dictum erit; nec major ratio in contractu do, ut des inveniri poterit quam in illa.

5 Sed quanquàm in prædictis non pugnare *Celsum* cum *Paulo* dixerimus, attamen videamus, an non in sequentibus pugnent? & quidem pugnare videntur; nàm *Celsus* respondet, hic *Sticho mortuo pro quo accipiendo pecuniam dedi, condicere me posse pecuniam*, at

Pan-

Paulus ait *Stichum periculo meo esse* in citata *l.naturalis* §. *si Scyphos D.de præscriptis verbis.*

6 Hinc, & si varios conciliandi modos ab interpretibus excogitatos inveniet qui quęrat, frequentiùs tamen post *Accursium* in ea sententiâ itum esse dignoscet, ut quod *Paulus* dicit *Stichum* periculo esse ejus, qui *Scyphos* dedit eo sēsu dictum intelligamus, quod præscriptis verbis agere non valebit ad id quod interest, Cæterum non negatū ab eodem *Paulo* quod *Scyphos* datos aut pecuniam repeter, & hanc expositionē sequutus fuit etiā *Cujacius d.lib.*23. *obser.cap.*19. quanquàm nō desint qui reclament,. inter quos præcipui *Joannes Corasius, & Stephanus Forcatulus*, qui aliter conciliare conantur *d.jura in locis supracitatis*, uti & conatur *Faber* qui vult *Paulum* ad eum casū coarctandum in quo id datum fuerit, quod de facili amitti poterat; sed quis non videt quod *Pauli* verba id non patiuntur? nam Scyphorum non faciliora missio est, quam aliarum rerum.

7 Denique si quis occasione horum quę dicta sunt pleraque alia scire velit ad actionē præscriptis verbis pertinentia, & ad contractus innominatos, & incertos adeat *Acutissimū D.Hier.Oroziū de apicibus juris lib.*3. in quo agit luculenter de hac materia præcipuè in *cap.* 1. in quo tamen non placet quod sub *num.*14. *in fine* tam vehementer, & injuriosè in *Bacovium* invehat ut & alibi facit quando contentus esse poterat, quod *Fabrum* laudaverit, & plerumque ultrò quam iustum foret, nec opus erat ad hoc ut *Fabrum* extolleret in Virum doctissimum, & *Fabro* aut parem, aut superiorem, convitia ingerere, & maledicta, atque contumeliosum esse.

8 Sed si ad Repetentes accedamus quid & illi ad rem habeant investigaturi inveniemus, apud eos, & si certum quod tunc contractus emptionis, & venditionis celebratur, cum ex parte emptoris pretium constitutū: ex parte verò venditoris res vendita fuerit: attamèn si pecunia non ut pretium, sed ut species altera intervenerit, exempli gratia si aureos nūmos certi generis tibi dem ut *Stichum* dares, dicunt, & ipsi non venditionem contractam esse, sed contractum innominatum do, ut des, celebratum edocti à *Bartolo, Baldo, Salyceto, Rainerio*, & similibus unde apud eos receptū hanc *l.ultimam D.de cond.causa data* loqui de contractibus innominatis. At *Pragm.* id

9 ipsum sentiunt atque adeo hoc ultimum pro certo habent, ut cum alias dubitaretur penes *Afflictum dec.*108. an qui debitor est, sed sub conditione in transactione apposita; præstare tamen fidejussores pendente conditione cogatur, si suspectus effectus fuerit. & cum qui negabant, præstare hunc debitorē conditionalem fidejussores debere allegassent hanc *l.ultimam D.de cond.causa data*, in qua dicitur, quod si dedi tibi decem, ne me convenias in judicio, non possum petere ut caveas mihi idonee; fuit in contrarium, ex doctrina *Bartoli* Responsum, quod hæc lex locum habet in contractibus innominatis, quod statim admissū est, adeò pro explorato habebāt Nostri quod species in ea tractata ad contractus innominatos pertineat. Sed quoniàm contractus proposito modo celebrati, pecuniam habent, licet ut speciem, habent quoque, & rem, visum est plerisque *Pragmaticis* non obstante id quod modo dictum est, posse hos facilius reduci ad contractus emptionis, & venditionis, maximè si stipulatio accesserit ex *Ozascho dec.*98.*n.*6. & similibus.

10 Insuper in materia contractuum innominatorum, illud perpetuò verū esse aiunt, quo niàm ultrò citròque adest obligatio dandi, vel faciendi, is qui adversùs alium agit, tenetur ex parte sua adimplere ea, quæ ad ipsum spectant, aut adimplevisse probare idē *Ozaschus decis.Pedem.*51.*n.*9. *Franc.Marcus qu.* 864.*p.*1. *Rota Genuensis dec.*159. *Borgn. Cavalc.dec.*16. *de contr.n.*45. *Magon.dec.Lucensi* 21. Nisi tamèn incertum foret quid quantū-

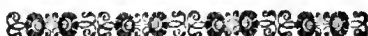
11 ve sit, quod actor dare oporteret, veniretque ex implemento alterius partis certificandum, nam tunc aget, & si se non adhùc implevisse constet *Rota Genuensis* advertit *dec.*27.*n.*15. ideoque præstita fidejussione de adimplendo instabit conventum ad promissa exequenda cogi, eadem *Rota dec.*177.

Quod si tempus faciundi præterijt, & quæratur, an ad purgandam moram quis admittendus sit, inspiciendum erit quantum tēporis effluxerit, & quidem si modicum illud fuerit, ut apud *Nattam cons.*133. *tom.*1. videtur indulgeri posse moroso; nisi jam in judicio ab actore id ei oppositum fuerit, & oppositum de adimplemento non facto, ut adnotat *Cravetta cons.*192.*n.*16. & *cons.*146. Id quod tamèn quomodò intelligi debeat, rectè explicat *Andreol. contr.*234. nos admonens quod non facti adimplementi exceptio duplici potest opponi modo, primo ad effectum resolvendi contractum, secundo ad effectum impediendi judicium cæptum, nisi impleatur. Et siquidem primo modo fiat in judicio oppositio, non erit ampliùs moræ purgationi locus, neque ulteriùs implere permittendum erit moroso, ut idem *Cravetta* voluit, cui assentiuntur *Becius, Grat.Mantica, Cancerins*, cæterique ab eodem *Andreolo* adducti: cum si secundo modo opponatur, aliud erit, nàm quamvis quousque impletum non sit, Judicium impeditur, licitū tamèn impleri; quinimmò hoc est quod exigitur. *Cephalus consil.* 586. *Magon.dec.Florentina* 143.*n.*15.

Cæterum nonnulli sunt casus in quibus nō erit

erit locus moræ purgationi, ut est in promissione solvendi aliquid, si infra certum tempus quid fiat, aut detur de quo *Rovit. in decis.* 53. ubi *Altomarinus*, aut in pacto remittendi partem debiti, si præsenti pecunia, vel infra paucos dies reliquum exsolvatur de quo *Consiliarius Roccus responso* 93. *lib.* 2. post *Reg. de Marinis quot.* 1. *cap.* 271. est quoque in materia feudali revocationis, alienationis feudorum, vigore Regni *Constitutionis* incipientis *Constitutione D. memoriæ* qua permittitur revocatio alienationis ob defectũ Regij assensus, ejusve registrationis, nam revocatione facta non erit amplius de moræ purgatione tractandum, ut advertit idem *Rovit. in Pragm.* 26. *de feudis n.* 27. & *Gizzarellus dec.* 3. *n.* 15. post *Affl. dec.* 333. *n.* 13. Item cũ de cõsignatione, ut dicũt mercium, aut frugum certo tempore conventum fuerit, illudque jam sit transactum, ut docent *Capyc. Latro dec.* 160. *lib.* 2. & *Marcianus cons.* 37. *lib.* 1. Item cum fuit quis condemnatus rescisso instrumento, ad exolvendam etiam sortem, seu capitale, ut Nostri loquũtur, pro qua vẽditionẽ annuorũ introituum fecerat ad formam bullæ; nam si adjecta sit clausula quę solet quod si infra mẽsem solverit tertias seu usuras, supersedeatur in exequutione adversus condemnatum facienda pro sorte principali, atque ità supersedeatur in rescissione instrumenti; si transacto mense debitor velit postea purgare morã excludetur, ut notat *Consil. Staibanus res.* 78. *lib.* 1. Itèm in institutione hæredis facta sub conditione si filius undequaque testamentũ approbaverit, & in donatione facta cum cõditione, ut donatarius aliquid faciat, aut præstet infrà tempus præfinitum idem dicendum concluserunt *Ciarlinus contr.* 1. *c.* 260. & idem *Consiliar. Staiban. resol.* 36. *lib.* 1. & denique in delictis, & obligationibus ex illis dependentibus in quibus nõ posse moram purgari voluit idem *Reg. Rovit.* post alios *in dec.* 4 *num.* 43. Hinc si facta gratia fuerit, sed quę habeat clausulã, ne inquisitus ad locum delicti accedat, an moram purgare delinquens possit plura tum ipse *Rovit.* tum *Altomarius* afferunt, quorum tamèn illud singulare est quod ex *Merlino lib.* 1. *contr. cap.* 68. affirmãt nempè impetratam post tempus constitutum partis offensæ remissionem non juvasse inquisitũ, cum tamèn nullum in hoc partis offensæ interesse intervenisset; quando Regula est, quod quotiès partis non interest moræ purgatio, de facili admittitur, ut de communi sententia docuit *Albericus ad l.* 1. *in fine D. de donat. quæ sub modo.*

Sed adhùc suprapositam Regulam tot exẽplis firmatam limitant plerumque Nostri in varijs casibus, ut observandũ erit apud *Riccium collect.* 145. *collect.* 2127. & *collect.* 2456 *Antonellum de tempore legali lib.* 4. *cap.* 15. & apud *Reg. Consil. D. Carolum Petram* in suis luculentissimis editis Commentarijs *ad Ritus nostra M.C. Ritu* 173.



CAPVT. XI.

Agitur de sententia tex. in l. facta 63. §. si sub conditione, & l. si cui 31. §. ultimo D. ad Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Fabri sententia.*
2 *Sed repugnat Gajo.*
3 *Defenditur adversus Fabrum §. si cui l. penult. D. ad Trebell.*
4 *Quid est quod reddat difficile responsum Gaj.*
5 *Quid Interpretes, & Pragmat. sentiant.*
6 *Varia conditionum genera.*
7 *De conditione ferendi insignia, & nomen testatoris.*
8 *Conditio primum honesta deinde effecta non talis remittitur.*
9 *Conditio ne bona possint confiscari inhonesta.*
10 *De cõditione contrahendi matrimonium cum certo homine, aut certa familia.*

1 SCribit *Faber* in hoc capite, quòd si hæres sub conditione institutus, quæ in faciendo cõsistat fuerit fideicommisso gravatus, non aliter conditioni parere tenetur quam si facilis sit, & sine impendio impleri possit; nã si difficilis fuerit, erit statim remittenda, videlicet ab initio, & antequàm hæres eam implere recuset, atque ità vult explicandum *Caij* Responsum quod extat in *l. facta* 63. §. *sub conditione D. ad Trebell.* non ut *Cujacius*, quem suppresso nomine mordet *n.* 3. qui *observat.* 21. *cap.* 39. in illis verbis *remitti eam ab initio* visum est pro *ab initio* remitti eam *absurdum* reponendum voluit, & non esse remittendam conditionem contendit.

2 Verùm enimverò *Faber* in hac explicatione, apertè pugnat cum *Cajo*; nam *Cajus* Respondet *Prætorem non debere esse liberaliorem ipso testatore, qui nisi expleta sit conditio, neque scriptum hæredem ad hæreditatem vocavit, neque per hunc fideicommissum restitui eum voluit*, & *Faber* contrà dum vult Prætorem remittere conditionem debere, liberaliorem utique testatore ipso esse vult, & tamen, quod certè mirandum ipsemet *Faber* facien-

ciendum noluerat, nam emittendũ negavit
conditionem ſub principio numeri ſecundi,
dum ſcripſit, *an cogi hæres poterit, ut ſpreta
conditione, & perinde, ac ſi nulla adiecta eſſet,
hæreditatem adeat, tum fideicommiſſario reſti-
tuat? Minime verò; plus enim a Prætore tri-
bui ei, qui fideicommiſſum petit quam teſta-
tor voluerit, abſurdum eſſet*, cur autem dein-
de ſe præcipitem agat, & remittendam ſcri-
bat ab initio, ideſt antequàm hæres recuſet
implere planè non intelligo; credidit forſan
idipſum eſſe remitti cõditionem ab initio,
& proinde inſtante fideicommiſſo cogi hære-
dem adire, quod haberi conditio ac ſi nulla
adjecta foret, nullave ſub conditione hæres
inſtitutus? ſed cùm remiſſio, quæ ſtatim fit,
& antequam hæres recuſet, faciat, ut videri
is poſſit ſub nulla conditione inſtitutus, &
ut talis cogi poſſit ad adeundum, utrumque
idem eſſe, & cum conditio remittitur, ſtatim
antequam hæres opponat videbitur, & cũ ab
initio cõditio revera appoſita nõ fuerit, nam
videbitur quidem, & idè alioquin revera ap-
poſita impoſſibile eſt, ut factum non ſit factũ.
Sanè ſi ex poſt facto, non ab initio remittendã
conditionem *Faber* dixiſſet, poſſet ei conce-
di quod aliud ſit dicere remitti conditionẽ,
aliud haberi pro non appoſita. Ceterùm ne-
mo non videt *Cajum* omninò implementum
actuale deſiderare conditionis, idq; ex te-
ſtatoris voluntate deſumere. velleqoe inſti-
tutum adimplere modo quo teſtator juſſit,
nec remiſſione contentum eſſe; unde à primo
ad ultimum concludendum nullo modo hęc
duo ſtare poſſe, Prætorem non debere eſſe li-
beraliorem taſtatore ipſo, nec plus illo præ-
ſtare, & debere eum remittere conditionem,
nam aut remittit, & liberalior eſt, aut non
liberalior eſt & non remittet, & ſanè difficilis
explicatio erit; unde *Cujac.* id videns ad emẽ-
dationem deſcendit ut diximus, *Accurſius*
verò alitèr, atque alitèr expoſuit, hinc inde
ſe contorquens, cũ etiam quæ poſtremò dixit
implicantia ſint, & contradictoria. Quod
ſi egò quid ſentiam interrogatus forem emẽ-
dandum eſſe textum, ut *Cujacius*, vellem, ſed
alitèr, ac ille, ideòque *Suſpicionem* meam pro-
poſui in *Suſcipionum libris.*

3 Cæterùm §. *ultimus l. ſi cui* 31. *D. ad Trebell.*
neſcio qua de cauſa *Triboniano* appingat *Fa-
ber*, & neſcio qua de cauſa repræhendat ſi-
quidem. Primò quod ſtylus non admodùm
elegans in eo eſſe videatur, movère non de-
bet, ſi obſervabimus *Marciani* eſſe, & non
Papiniani, & nihil non latinum continere.
Secundò dum juſtiſſimam ſententiam conti-
net, nempè illam, quod recuſante hærede
poſſit fideicommiſſarius implere condictio-
nem, quæ in faciendo conſiſtat, non debet
indigna J. Conſulto judicari; nam, & Juris
Regulis congruit, & voluntati teſtatoris
cui ſatisfaciendum eſſe jura volunt; quod au-
tem ſit admiſſum hoc ipſum in his conditio-
nibus quæ in dando conſiſtunt, nedum non
impedit, ſed quinimmò facit, ut & facilius
admittatur in his, quæ in faciendo conſiſtũt;
neque obſtat, quod conditiones in forma
ſpecifica ſint implendæ, & ab ipſo hærede,
quoniàm id tùnc admittimus cum unus pe-
tit, & adire vult, alter vult conditionem im-
plere, id quod non evenit in propoſito; dum
ipſemet fideicõmiſſarius, & adit & implet
cum in omnem caſum meliùs ſit, & con-
veniat magis teſtatoris voluntati, condi-
tionem impleri ſaltè à fideicommiſſario, quã
à nemine. Cætera ad hujuſmodi §. ſpectan-
tia, & ad ejus materiã habes ſi alia velis apud
*Donellum lib. 7. commenc. cap. 22. ubi Oſual-
dus lit. I.* eundem hunc tex. defendit adver-
ſus *Fabrum*, quem ſequi poteris ſi credas, non
ſatis à nobis in ſuperioribus defenſum fuiſſe.

4 Sed ut ad *Cajum* regrediamur, quod ille
ſcribit in citata *l. facta* 63. §. *ſi ſub cõditione D.
ad Trebell ſi ſub conditione hæres inſtitutus
ſit, qui ſuſpectam ſibi hæreditatem eſſe dicit, ſi
neque difficultatem, neque turpitudinem ullam
habeat conditio, nec impendium aliquid, ju-
bendus eſt parere conditioni, & adire, & ità
reſtituere; ſi verò turpis, aut difficilis ſit con-
ditio, apertè iniquum eſt cogi eum explere eam
alterius gratia. Sed & remitti eam ab initio
viſum eſt* (planum foret, & apertum, niſi ra-
tio, quam poſteà reddit) *plus enim tribui à
Prætore ei, qui fideicommiſſum petit, quam te-
ſtator voluit abſurdum eſt, utique autem teſta-
tor, niſi expleta ſit conditio, neque ſcriptũ hæ-
redem ad hæreditatem vocavit, neque per hunc
illi reſtitui voluit hæreditatem*: niſi hæc inquã
ratio non omnia turbaret, & confunderet:
dum oppoſitum ejus, quod dictum eſt con-
cludit, & quinimo non cenſeri remiſſam
conditionem aſſeverat.

Hincut diximus non levi motus ratione
Cujac. ſuſpectam habuit lectionem receptã,
& non eſſe remittendam conditionem vo-
5 luit, id quod tam pleriſq; durum viſum fuerat,
ut è contrario (quod poſtea ſentijt *Faber*) re-
mittendam conditionem æquum, & juſtiſſi-
mum eſſe ſcripſèrint nam, ita Interpretes ve-
teres omnes, & *Repetentes*, quos ſequuntur
Pragmatici tradidere poſt *Bartolum*, & *Alex.
l. 1. D. de curat. bonorum dan.* & *Emanuelẽ Co-
ſtam* paſſim in libris *Select. Interpret.* circà cõ-
ditiones, quamvis poſteà non parum anxij
fuerint in reſpondendo ſequentibus illis ver-
bis *plus enim tribui à Prætore, &c.* Cùm ta-
mèn ſi quis emendandam receptam lectionẽ,
nobiſcum ſentiat, & eo modo quo dixi-
mus in *Suſpicionum libris* omninò dicere
oportebit, rationem à *Gajo* ſuppoſitam non

esse referendam ad proximè dicta de remissione conditionis turpis, & impossibilis, sed ad antecedentia, de cogendo hærede parere conditioni neque turpi, neque difficili, unde ponet dubitatum fuisse apud Consulentes, an alterius gratia cogendus foret hæres parere conditioni, & eum rationem dubitandi faceret, quod gravc videretur cogi hæredem implere pro alio, & quod posset censeri remissa conditio, ex eo quod testator non quem instituerat, & quem conditioni parere jusserat, sed fideicommissarium hæredē sit habiturus. Responsum tñ affirmativè fuit à J. Consulto, & cogendum institutum parere, nisi tamen conditio turpis foret; hac autem exceptione intrà parenthesim pronunciata idem Juris Consultus adjecit rationem qua contraria reiicit, dicendo: (plus enim tribui, &c.) quasi diceret: ex eo quod hæres cogi potest adire, potest cogi & adimplere; nàm testator non aliter adire eum voluit, quàm si adimplevisset. Nec obstat, quod alium ad hæreditatem vocavit testator; nàm ità vocavit, ut restitui ei ab hærede scripto hæreditatem voluerit, nèc restitui possit, nisi adeatur, & non adiri, nisi conditio impleatur.

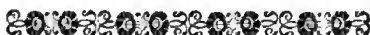
6 Ex his autem patet appositè à *Pragmaticis* genera conditionum distincta, & quas impleri, & quas remitti oporteat, explicatum eū *Grasso recept. sentent. in §. instituto q. 25. & seqq. & Vasquio lib. 3. contr. cap. 93.* Galgancto, alijsque.

7 Sed eum conditio illa frequens sit in institutionibus, legatis, & similibus, si arma, seù insignia præferat, & cognomen testatoris assumpserit, *Pragmatici* omnes adeò implendā omninò bujusmodi conditionem volunt, ut nec posse unquàm remitti contendant post *Decium consil. 273. Gnid. Papam singul. 805. & q. 251. Boerium dec. 146. Paponium lib. 20. Aresto 18.* aliosque penes *Fusarium de subst. q. 447.* Cum tamen omnium melior rem hanc tractet, ut cætera *Pragmaticorum* Princeps *Menochius de arbitr. lib. 2. casu 318. n. 14.*

8 Cæterùm si conditio honesta quidèm fuerit testatori visa; sed postmodum non talis effecta sit, ot exem. gratia si testator jusserit uxorem suam eum hæredibus à se scriptis extraneis cohabitare, & sinistra deinde *Suspicio* ex bujusmodi cohabitatione orta fuerit, aut de facili oriri posse dignoscatur; reijciēdam hoc casu, remittendamque conditionem voluère ex *Baldi* doctrina *in l. 1. n. 12. C. de legatis* communitèr Practici eum citato *Menochio præsump. 4. præsump. 157. n. 53. Barbosa in comment. ad l. 2. p. 1. in princ. à nu. 29. D. soluto matrim. & Reg. Merlino contr. 2. cap. 40. n. 40.*

9 Illud sanè mirum plerisque visum quod inter conditiones quas inhonestas, turpesque Nostri existimant, illam enumerant, qua vetitum sit, ne bona donata, aut relicta confiscati, aut publicari possint; cum tamèn hæc talis sit non ex se, sed ex occasione, quam præberet ob partam securitatem ad faciliùs delinquendum, ut ponderat *Gizzarell. decis. 22.* post *Speculatorem*, & alios.

10 An autem tanquàm inhonesta, & quæ matrimonij libertatem impediat reijciatur cōditio apposita, ut puella tali nubat, non modica cōtroversia fuerat & adhùc est apud Nostros, nam sunt qui velint reijciendam, si cum certo homine contrahere mulier jubeatur, non tamen si cum certo personarum genere, & de certa familia: sunt & qui etiam si cum personis da certa familia nubere puella jussa sit, rejiciendū dicant; nam jussa cum certo genere personarum, prohibetur cum alijs cōtrahere; ideòque liberam non conservat voluntatem nubendi: sunt qui imposita pœna, non posse puellam adigi ad contrahendum sed posse propositis præmijs invitari eredant; Et sunt qui, & hanc distinctionem respuant; quoniam privare præmijs aliàs promissis, punire est, terrere est, & offerre præmia allicere est, & blande cogere; & sicut adiecta privatio bonorum in casu matrimonij non contracti pœna est, ità permissa eorumdem bonorum detentio lucrum est, & præmium: igitur eum casus acciderit investiganda attentè erunt, & Theologorum, & Interpretum scripta, & præcipuè *Thoma Sanchez lib. 1. de matrim. disp. 34. Tancredi de matrim. lib. 1. disp. 33. & seq. Mantica de coniect. ult. vol. lib. 11. tit. 19. & Regentis Marciani tomo 2. disput. 77.*



CAPVT XII.

Ad tex. in l. 4. §. 1. D. de statu liberis.

SVMMARIVM.

1 *Primus Fabri error quod non distinguit conditiones impossibiles.*
2 *De tex. in l. cum hæres.*
3 *Fabri sententia qua Baldnini fuerat.*
4 *Conditio post mille annos liber esto adhùc impossibilis.*
5 *Vera distinctio inter conditiones.*
6 *Conditio difficilis diversa à conditione impossibili sed qua vitiat actum etiam in ultimis voluntatibus*
7 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
8 *De conditione a principio non impossibili, sed postea talis effecta.*

9 *Im-*

9 *Impossibilis conditio non vitiat matrimonium sed vitiat sententiam.*
10 *Conditio non est impossibilis si jus, & factum ei non resistit.*
11 *Si Papa, aut Princeps dispensaverit censetur conditio impossibilis.*
12 *Conditio ingrediendi monasterium valida.*
13 *Idem in conditione ingrediendi certum monasterium, sed poterit puella aliud eligere, aut ab illo postea exire.*
14 *Legatum dotis habet tacitam conditionem si nubat.*
15 *At non factum à patre.*
16 *Conditionis implementum si partim pendeat a fortuna non ideo impossibilis conditio.*

1 OBservandum primo in hoc capite est,
quod non rectè scripsit *Faber* indi-
stinctè sub *n.1.* conditiones impossibiles in
cootractibus actum vitiare, in ultimis volū-
tatibus è contrà vitiari; etenim distinguere
debuerat intèr conditiooes impossibiles quæ
affirmativè, & eas quæ negativè fuissent con-
ceptæ; quippe in affirmativè conceptis,
si digito Cælum tetigeris, & similibus; vera
propositio erit, actus in cootractibus vi-
tiare: at in negativis: *si digito Cælum non te-
tigeris*: falsa eadem propositio quoniā habe-
buntur pro non appositę *l. imposs. 7. sequ. D. de
verb. obl. §. si impossibilis instit. de inutil. stipul.*
ideòque non vitiant, sed vitiantur. Saoè hęc
cooditio: *Si digito Cælum non tetigeris*, quan-
quàm attenta figura verborum impussibilis
videatut, talis revera non est; ideòque stipu-
latio, in qua adjecta, purissima censenda, ut
post *Accursium in d. l. imposs.* advertunt *Cujacius, Donellus, Gifanus*, & alij ex Neotericis,
& ex antiquis *Jason*, & reliqui, quos refert *Co-
sta select. 1. c. 8.* id, quod apertam illam habet
rationem, quud statim verum sit *to Cælum di-
gito non tetigere.*
2 At cum in *l. cum haeres 4. §. 1. D. de statu li-
beris* scriptum sit, non esse statu liberum
eum, cui libertas in tàm longum tempus col-
lata, ut eo tempore is, qui manumissus est,
vivere non possit, cumque ibidem *Julianus*
dictis adjiciat *non videri habuisse eum, qui ita
manumisit animum libertatis dandæ* hoc ve-
hementèr turbavit Interpretes; quibus ha-
buisse visum, ideoque rejecta conditione tan-
quam impossibile, libertatis dationem valere
voluissent, cur enim non ità impossibilis hæc
conditio: post mille annos liber esto erit ju-
dicanda, ut illa: *Si digito Cælum tetigeris?* &
cur si illa reicitur non hæc reicienda? non de-
fuère tamèn qui rationem diversitatis inve-
nire conati sunt; Cæterùm alij, cum qui-
bus sensisse videtur *Baldus in l. & si post
tres D. si quis caut.* in formula *Stichus post
mille annos liber esto*, nō esse conditionem vo-
luète; ideòque non datam sub conditione,
quæ vitiaretur libertatem dixère, sed potiùs
protractam ad longissimum tempus, vivente
3 servo non venturum. Hos sequutus est *Faber*
hic *num. 4.* sed longè ante omnes hanc eandē
explicationem præsenserant *Azo, & Accur-
sius*; dum longum tempus ab impossibili con-
ditione tanquam diversum posuère scriben-
tes in *d. l. 4. §. 1.* ad ver. *dandi* quod *præsumitur
ex eo, quod tam longum tempus, vel conditio-
nem impossibilem adiecit*, &c.
4 Verùm enimverò observandum secundò
non rectè *Fabrum*, eosque, quos sequitur ra-
tiocinatos esse; nàm posito quod *Paulus* de
ea libertate loqueretur, quæ post mille annos
data fuisset, ut ipsi ponunt, & *Dion. Goth.*
nedùm ponit, sed etiam in ipsum textum in-
ferre conatur; nulla ratio assignari potest,
cur non hæc conditio veluti impossibilis fue-
rit reijcienda; nam apertè talis est, & cuique
in promptu talis apparet, & talis sit; quod si
dicas formulam post mille annos liber esto
non continere conditionem, hoc negabo.
Primò quia illa formula postquam per annū
servierit, conditionem continet ultrà tem-
pus, igitur tempus non vetat quin conditio
possit contineri servitutis, dū quis quoad vi-
vet, & si longissimè vivet sēper servus fututus
est, & servire oportebit. Secundò quia si non
contineret conditionem ineptè *Paulus* de
conditiooibus loquens hanc interponeret
post mille annos; & cum cōditionalibus for-
mulis conjungeret. Tertiò quia dato, quod
conditionalis non foret, ita concepta, for-
mula *post mille annos, Stichus liber esto*, at-
tamen si concipiatur hoc modo: *si mille annos
vixerit, Stichus liber esto*, Quis negabit con-
ditionem continere, & tamen adhùc in hoc
casu non poterit dici, rejecta conditione va-
lere libertatis dationem, obstante *Paulo*, qui
ait, non est statu liber cui libertas in tam
longum tempus collata est, & obstante *Ju-
liano*, qui concludit: *quia nec animus dandæ
libertatis est*, nā hujusmodi generales assertio-
nes omnes modos concipiendi formulas, qui-
bus libertas ad tam longum tempus traha-
tur, comprehendunt.
5 Igitur distinguendum erit, an conditio
prorsus impossibilis in ultimis voluntatibus
fuerit adjecta, an verò non prorsùs impossibi-
lis; sed tamen difficilis. Primo casu vitiabi-
tur ex vulgatis juribus. Secundò non item:
sed aut omninò implenda erit, ut in *l. si cui
31. §. ultimo, & l. facta 63 §. sub conditione D.
ad Trebell.* de quibus suprà, probatur: Aut si
6 adeò difficilis sit, ut impleri haud possit actū
ipsum vitiabit etiam in ultimis volūtatibus;
hoc autem eveniet non tam ex sui natura, sed
ex præsumpta testatoris voluntate; quoniam,
ut advertit *Julianus* animum dandi testatur

habuiſſe non videtur dum ita diſpoſuit, & ad hoc pertinere hoc *Pauli* reſponſum de quo ttactamus in *l.4.§.1.D.de ſtatu liberis*: aſsētior viro doctiſſimo *D.Franc.Amaya obſer.2.c.11.nu.25.* In en nanque agitur de conditinne, ſi millies dederit (millies namque, non mille legendum rectè obſervavit *Ant.Aug.lib.2.*emēdat *c.6.*) quę difficilis eſt conditio, nō impoſſibilis, nam ſi impoſſibilis foret teijceretur: verum quia licet ex ſe non impoſſibilis, at tamen impnſſibilis ſervo eſt, ideo interpteta ta teſtatoris volūtate ex illa arguitur animus illius nequaquam manumittendi: id ipſum dicendum erit de conditione *ſi centum quinquaginta*, aut *centum viginti annos vixerit.* (ità enim exemplificanda conditio non ita *ſi mille annos.* nam quia hęc prorſus impoſſibilis ennditio vitiaretur) quia conditio prædicta non impoſſibilis, ſed difficillima eſt, cum longiſſimum vitæ ſpatium centum annorum ſit, aut eſſe præſumatur *l. an uſusfructus 56. D. de uſuſr. l.uſufructu 8. D.de uſufr. leg.l.fin.C.de ſacroſan. Eccl.* ideo ex ea arguitur nequaquàm manumittendi animum teſtatorem habuiſſe: & proinde ita manumiſsū ſtatu liberū nō eſſe; unde deterioris conditionis ſervus ille exiſtimandus cui ſub difficiliſſima conditione data libertas, quam is cui ſub impoſſibili data eſt; nam, reſpectu hujus conditin impnſſibilis teicietur, reſpectu illius voluntatem adverſam teſtatoris pręſeferet.

7 At ſi vulgares Interpretes, corumve ſequaces de impnſſibilium conditionum materia interrogemus, ſtatim Regulam eſſe Reſpondent, quod impoſſibiles conditiones in ultimis voluntatibus vitiantur, ſed non vitiāt; (ut diximus) in cōtractibus verò è contrà vitiant illos non vitiantur, nam ita tradidère *Bartol.in l.1. D.de cond.inſtit.Decius conſ.405. Mantic. de conject. ult. volunt. lib.11.tit.16. nu.12.& Emanuel Coſta ſelect.interpr.lib.1.c.8.*

8 Quod ſi ennditio in conttactu appoſita impoſſibilis cum apponebatur non fuerit, ſed ex poſt factn talis reddita eſt, tunc habebitur, ad inſtar conditionū appnſitarum in ultimis voluntatibus: adeòque vitiari eas concludūt Noſtri ex tex. in *l.inſulam §.1. D.locati cum Galganeto de conditionibus cap.1.q.85.& Reg. Rovito decis.35. num.15.* Similitèr ſi appoſita conditio in ultimis vnluntatibus fuiſſet à principio poſſibilis, & poſteà impoſſibilis foret effecta, ut ex. gr. ſi foret quis inſtitutus, ſi Stichum manumittat, & Stichus deceſſetit antequam manumittatur, in hoc caſu, & ſi ennditio non fuerit à principio rejecta, & vitiata; quia tamen ex poſt facto defecit, non impedit inſtitutum, quin hæres ſit, cum per ſe nnn ſtet adimplere: *Ozaſchus decis.98. & Tepata tit.de inſtit.cond.lib.2.* qund ſanè tunc admittendum velim cum conditio impoſſibilis effecta fuerit poſt teſtatoris mortem, nempè in pmpoſito ſi Stichus poſt teſtatnrem deceſſiſſet, alioquin ſi vivo teſtatore; defuncto Sticho conditio manumittendi appoſita fuerit non habuiſſe teſtatorem animum inſtituendi in propoſito, cum Juris Conſulto in hac *l.*noſtra dicemus.

9 Rurſus ſunt, & quidam actus, qui & ſi potiùs contractibus aſſimilentur, quàm ultimis voluntatibus, adhùc tamèn pet impoſſibiles conditinnes non vitiantur, ſed eas vitiant, & reijciunt, ut ſanè eſt in matrimonio ſub impoſſibili conditione contracto; illud enim valere, vitiata impoſſibili conditione *Emanuel Coſta* ubi ſupra adnotavit *num.3.* licet non idem dicendum velit in ſententia, cui fuit impoſſibilis conditio appoſita.

10 Cæterùm qui cum *Bartolo in l.quidam 132. D.de verborum obligationib.* Contendunt impoſſibilem conditionem aliquando ſaltèm de facto implendam eſſe, ſi jus ei non reſiſtat, Quid ſibi velint non intelligo; nàm ſi de facto impleri poteſt, impoſſibilis natura nnn eſt: ſi ei jus non teſiſtit, nec de honeſtate, nec moralitèr impoſſibilis eſt, ſed poſſibilis, & prninde condictio impoſſibilis appellati, aut cenſeri non debet.

11 Sed non idem dicendum volunt qui in foro ſunt de conditinne illa ſi Papa, aut Princeps diſpenſaverit; quia & ſi talis non ſit natura; quinimmò nec moribus talis, adhùc impoſſibilem eam vocant, & reijciendam ab ultimis voluntatibus ſuadent cum *Puteo decis.87.lib.2.*

12 At illud tamen in controverſiam ponunt, an conditlo *ſi monaſterium ingrediatur* appoſita in dote legata puellæ impoſſibilis cenſenda, & reijcienda ſit: facit dubium non quia Simoniaca conditio videtur eſſe, ut ineptè quidam dicebant poſt *Riminaldum Iuniorem conſ.213.a num.274.lib.2.* Sed quia viduitatem inducere, & ſi à patre impoſita filiæ fuerit legitimam illius, in cujus locum legatum dotis ſuccedit gravare videbatur; ſed his non nbſtantibus, magis communitèr affirmant Pragmatici validam eſſe, nèc reijciendam cum *Covarr.variar.1.cap.19.nu.10. Gratiano tom.2.diſcept. cap.254.nu.28.* aliiſq; enm quibus *Andreolus contr.81.* Quod & Thenlogi affirmant poſt *Sanchez de matrim. lib.1.diſput.34. num.15.* Addunt eriam iidem *Pragmatici* cum *Andreolo num.2.* poſt *Galganetum, Manticam, & Vaſquium* poſſe à Judice præfiniri etiam tempus puellæ infrà quod monaſterium ingrediatur, & dntem conſequatur, idve in praxi obtinere, & ſi ſtricto jure aliud foret dicendum. *Gratianus* ubi ſupra
13 teſtatur. Quòd ſi legatum dotis ſub illa conditinne fiat, ſi in aliqund certum monaſterium puella ingrediatur, niſi ratio ex conje-

ctura-

ćturata mēte testatoris desumpta, ob aliquod interesse, vel utilitatem, aut devotionem aliter suadeat; dicendum erit conditionem ex parte remittendam, & sufficere ad consequendum legatum, quod puella monasterium ingrediatur, & si non illud à testatore præfixũ, & nominarum. Addunt Nostri sufficere quoque cum necessariò destinatum monasterium ingredi cogitur, quod ingressa illud fuerit dotemque consequuta, aut legatum, nam non hæc omittat, aut non exiget si postea exierit ab eo, & in aliud se transferat de Superiorum licentia, ut *Barryus de success. lib.* 17. *& Matteac. de legatis lib.* 2. *cap.* 25. *num.* 16. & ex illis *Caponus noster Resp.* 7. *num.* 13. adnotarunt.

14 Minùs dubij est in legato dotis; nam & si cum dos alicui legatur videatur hoc legatum includere conditionem nubendi, & lucraturum illud puella non aliter quam si nupserit: placuit tamen magis communitèr distinctionem esse inter extraneum, & patrem, & quidem in extraneo dicendum omninò conditionale esse legatum, dummodo nuptiæ sequantur, hancque conditionem ab extraneo impositam consistere; adeò ut si non nubat puella legatum non consequatur, & si
15 decesserit antequam nubat, non transmittat. At non idem in Patre dicendum, nisi quatenus dos ab eo relicta legitimam portionem eidem filiæ spectantem excederet, ut notant *Cancerius Variarum par.* 3. *cap.* 21. *a num.* 335. *Marta de success. legali par.* 1 *quæst.* 13. *art.* 2. *num.* 16. *Menochius præsumpt.* 146. *nu.* 6. *lib.* 4. *& consil.* 251. *nu.* 33. *lib.* 3. *Mastrillus decis.* 78. *num.* 8. & ex his, & alijs *Reg. Consil. Staibanus resol. lib.* 1. *resol.* 88. *& in observ. num.* 1.

16 Denique & illud quoq; adnotandum erit, quod & si conditionis implementum partim ex persona, ejusve facultate, partim ex viribus fortunæ, ejusve eventu penderet, adhùc possibilis censeretur conditio, ideòque implenda, ut scribit post *Glossam, & Bartolum Mantica de coniect. ult. vol. lib.* 11. *tit.* 16. *num.* 17.



CAPVT XIII.

Defenditur recepta lectio in l. 2. D. qui potiores in pign. habeantur.

SVMMARIVM.

1 *Papiniani verba.*
2 *Cujacij emendatio.*
3 *Faber reijcit, & aliam proponit.*
4 *Judicium de hac emendatione.*
5 *Vera textus explicatio.*
6 *Dilucidatur.*
7 *Constantia receptæ lectionis.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid probare oporteat cum hypothecaria agit qui generalem, & quid qui specialem habet hypothecam.*
10 *Qui generalitèr omnia bona, & quædam specialitèr habet obligata debet discutere quæ specialiter habuit.*
11 *Hinc orta conventio ne generalitas deroget, &c.*
12 *De refrænando creditoris arbitrio.*

1 CUM dixisset *Papinianus in l.* 2. *D. qui potiores. Qui generalitèr bona debitoris pignori accepit eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur: quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit*, adijcit ibidem, *quod si ea conventio prioris fuit, ut ità demùm cætera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quæ generalitèr accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quàm solus invenietur.* At in his verbis non rectè loquutus Juris Consultus Interpretibus visus est; nàm cum formula illa, *Si pecunia de his quæ generalitèr accepit servari non potuisset*, bona omnia generalitèr obligata à principio ostendat, ineptè pactus fuit deinde creditor ità demum ad bona sibi *generalitèr obligata* venire posse, si ex bonis *generalitèr obligatis* pecunia servari non possit.
2 Hinc *Jacobus Cujacius obser.* 11. *cap.* 32. & quidam alij antè ipsum ubi legitur *generalitèr accepit*, ibi, *specialitèr accepit* reposuère. *Fa-*
3 *ber* tamen primò *Cujacij* emendationē reijcit sub *n.* 4. postea voluit pro *cætera bona* legendũ *certa bona*, eo sensu, ac si dictum esset: Conventionem fuisse, ut ità demùm ad quædam bona veniretur, cum de his, quæ generalitèr hypothecata fuerant, servari pecunia non possit.

4 Verùm enim verò, & si emendatio hæc quoad sententiam attinet vera sit, siquidem talem fuisse conventionem ponendum est, quod non primus *Faber* vidit, sed & antiqui ferè omnes, præcipuè *Baldus*, ex quo motivum ad emendationem habuisse *Fabrum*
5 advertit *Dion. Goth* in notis ad hanc *l.* 2. Attamèn quia nulla necessitas mutandi receptam lectionem, quæ nedum bona, sed optima, & quacumque emendatione elegantior, *Fabro* adsentiendum non erit: ut autem hoc apertiùs intelligamus observare oportebit, quod hæc loquendi formula. *Cætera bona* nequaquàm ea quæ generalitèr sunt hypothecata, ut malè credunt Interpretes, demonstrat, sed diversitatis notam continet, ita ut si de bonis in specie obligatis sermo sit (*cætera bona*)

bona) ea,quę remanent in generali obligatione appellantur, ut est in specie tractata in principio legis; si verò de bonis generalitèr hypothecatis loquatur,vocabuntut *catera bona*, ea,quæ excepta à generali hypotheca fuêre,& specialitèr alteri obligata: unde in *verf. Quod si*, explicanda sunt Juris Consulti verba, *ita demum ad catera bona*, ac si scriptum ab eo fuisset, *ita demum ad excepta bona*, *vel ita demum ad bona ea*, *qua specialiter alteri sunt hypothecata.*

6 Ut autem hæc apertiora fiant,animadverte;primo creditori hypothecata quidèm omnia bona generalitèr, at quædam excepta (quæ posteà cætera dicuntur) idest, excepta futura, excepta acquirenda (quod ponimus, quia si fuissent ex præsentibus quædam excepta, non rectè foret dictum absolutè *omnia bona hypothecata*) cautum deinde intèr creditorem,& debitorem fuisse, ut ità demùm forèt quoque,& cætera illa bona,idest etiam acquirenda sub obligatione,& in ea caderent,si pecunia ex præsentibus bonis generalitèr hypothecatis salva fieri non posset, fuère igitur in hac conventione excepta à generali hypotheca, bona futura, & tamen in subsidium tantum postea ei subiecta.

7 Et hæc qoidem esse speciem sententiaque *Papiniani* mihi videtur, eamque elegantissimè à recepta lectione insinuari, & referri quicquid *Cujacius*, aut *Faber* sibi voluerint, nam suspicionem de corruptione lectionis receptę omnē tollere illius constantia poterit quæ nedū est in vulgatis, sed etiā in *Græcorū* libris,in quibus *Basilic.lib.25.tit.5. cap.2.* hoc Responsum refertur, scriptumque in eo est. *Catera* non *certa*, ut *Faber* contendit scribendum, & *generalitèr* non *specialitèr* ut docebat *Cujacius*, siquis tamen alius meliora his quæ dixi afferet non repugno quin omissis his ea recipiantur..

8 *Bartolus* tamèn, *Baldus*, *Ripa*, cæteriq; Repetentes hanc legem planam facilemque habent, & ex ea illud primò resumendum scribunt, quòd Regula sit generalis, quod qui prior est in tempore, is est prior in Jure; unde posterioribus præferendus, & si hanc Regulam aliquando ampliare, aliquando limitare conveniat, ut latiùs docent in Commentarijs suis ad ipsam legem, eosque sequaces Pragmatici post *Alozzium in tractatu de pignoribus Rubr. de natura lib.9.lib.21. Neguzantium de pignor membro 2. quinta partis, Cottam in memorabilibus ver. Creditor. Gabriel. cons.28. Marcianum disput.56. Rodriquez de concursu cred. Salgadum in Labyrintho*, & alios passim.

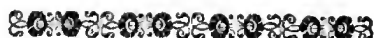
9 Secundum,quod ex hac lege desumunt,illud est, quod generalis hypotheca bona omnia afficiat etiam futura, & quærenda; ideòque in specie, de qua agimus qui prior hypothecam generalem acquisierat, præferetur illi, cui bona in specie posteà fuerint hypothecata. Hinc ei qui generalem habet hypothecam sufficere, cum hypothecaria experitur probare rem super qua agit fuisse aliquando in bonis debitoris sui; quando qui specialem habet,oportet, ut probet, rem fuisse in bonis tempore contractus, & obligationis,ut monet *Gaitus de credito cap.4. quæsito 7. num.683.* idque vulgò receptum est. Cæterùm non sufficere hypothecam quantumvis verbis generalibus conceptam, ut quasdam res speciali mentione dignas afficiat, notavit *Neguzant.* & post eum, & *Manticam* idem *Gaitus de credito dicto cap.4. quæsito 5. à n.53.*

10 Quod si creditor habuisset quidem bona omnia sui debitoris sibi generalitèr; sed & habuisset etiam quædam eorum specialitèr obligata (quoniam videtur & ipse, ut in hac *l.* nostra dicebat Juris Consultus) convenisse, ut ità demùm ad generalitèr hypothecata bona posset recurrere,si non sibi satisfieri posset de specialitèr obligatis, oportebit, ut hæc prius discutiat, deinde adversùs illa agat *Ozaschus decis. 159. Covarr. Variarum 3. cap.18. Mantica de tacitis tit.22. num.28.* atq; ità evenisse supponendum in specie *l. 2. C. de pignoribus* ne adversetur huic nostræ legi, contendunt tùm antiquiores, tùm Neoterici apud *Rodriquez de concursu cred. par. art.1.*
11 *à n.4.* Hinc orta apud Nostrates passim receptaque conventione illa, & cautela, ut *generalitas hypotheca non deroget specialitati; & è contra* qua in arbitrium ponitur creditoris, nō facta discussione super ea parte bonorū, super qua lubet experiri, ut fatentur *Ozasch. & Covarr.* ubi suprà, *Francus decis. 5.* alijque, quorum sententia receptior est quidquid *Rodriquez loco citato num.5.* quædam circa vires prædictæ conventionis novare tentasset.

12 Sed quamvis ex citata clausula, dummodò generalitas,&c. aut etiam ex expressa,& aperta conventione facultatem liberam creditor habeat super bonis quibuslibet debitoris, & ad placitum experiri possit adhùc refrænari arbitrium ipsius, & facultas coarctari, ut ex certis rantummodo bonis sibi satisfiat pluries in Foro obtentum est, ut legimus apud *Riccium colect.482. & collect.2498. Reg. de Marinis quotid. lib.2. cap.16. num.15. & cap.58. n.8. & Mercurialem Merlinum de pignoribus lib.4. tit.1. quæst.21. à num.18.*



CA-



CAPUT XIV.

Exponitur tex. in §. ult. l.2. D. de suis, & legitimis hæred.

SUMMARIUM.

1 *Regula quod fideicommissa relicta ab instituto non consentur repetita à successoribus ab intestato.*
2 *Exceptiones hujus Regulæ.*
3 *Explicatio l.2.§.ult.D.de suis, & leg. hæredibus ex Cujacio.*
4 *Confirmatur.*
5 *Fabri oppositio prima.*
6 *Diluitur.*
7 *Oppositio secunda quæ Accursij.*
8 *Quid revera dicendum in hac quæstione.*
9 *De tertia Fabri oppositione.*

1 Verum quidèm est Juris Civilis Regulam esse, quod fideicommissa ab instituto relicta non præstantur ab eo, qui ab intestato succedit, ut rescribunt *Imperatores* in *l. eam quam* 14.*C.de fideicomm.* & in *l.1.C. de fideicomm.libertat.* attamèn verum etiam hujusmodi Regulam, ut cæteræ Juris Civilis,
2 suas habere exceptiones: quarum sanè in eisdem Rescriptis duo proponuntur. Prima, nisi fideicommissum ità datum sit, ut fuerit à successoribus ab intestato postulandum. Secunda, nisi repetitum fideicommissum etiam ab intestato successoribus fuerit: his adijcitur, & tertia exceptio in eadem *l.1.C.de fideicom. libert.* nisi hæres pecunia accepta omiserit hæreditatem, sive quod idem est, dolosè, & in successoris ab intestato gratiam, hæreditatem repudiaverit.

3 Et ad hanc tertiam exceptionem pertinere vult *Cujacius obser.*18.*cap.*12. quod *Vlpianus* respondet in *l.2.§.ult.D.de suis, & leg.hæred.* & quod concludit idem Juris Consultus *cum onere fideicommissi posteriorem admitti*: eà vult habere rationem, quod hæres scriptus in fraudem fideicomißarij, & in gratiam successoris ab intestato hæreditatē repudiaverat: *Sed hoc à viro doctissimo scriptum legere puduit*, ait *Faber* hic *num.*5. & vulgatis Regulis innixus potiùs emendandum tex. & dispungendum quod scriptum est suadet; quasi quod meliùs foret jura immutare, & integras clausulas detrahere, quam explicationem aliqualem recipere, & si non omnino tutam, cum tamen talis non sit *Cujaciana*, sed quinimmò perspicua optimaque, & unica existimanda, eomagis quod *Bachovius* vir & ipse acutissimi ingenij, dum novam excogitare nobisque tradere nititur in notis ad *Treutl. volum.*2. *disp.*14.*Thesi* 8. in eandem *Cujacianam* teincidit, nam & ipse culpā in hæredem scriptū ponit, eamque efficere vult, ut successor ab intestato ad onus teneatur fideicōmissi, quod id ipsū est quod *Cujacius* docuerat. Cæterū illud amplius de suo affert, *Bachovius*, quod ponit, hæredem fraudolentèr, aut contumacitèr moratum, & cūctatum adire, etiam post Magistratus jussum, Interim decessisse quod
4 Ego libentissimè recipio; & ad *Cujacianam* explicationem additum velim. Constat enim utrunq; ex *Vlpiani* verbis; scilicet & quod hæres repudiaverit, ibi (*repudiasse eam*) & quod decesserit ibi (*mox & ille, qui rogatus est*) unde conjunctis virorum doctissimorum explicationibus, eam speciem tractati contendā, in qua scriptum hæredem proponebatur in gratiam successoris legitimi repudiasse hæreditatem, & dum, non obstante repudiatione, cogebatur ex *D.Pij* rescripto, quod po. *Hermog.* fatetur in *l.nam quod* 15.§.1. *D. ad Trebell.* interim, & paulò post legitimū successorem, qui & ipse defūctus, decessisse; hinc quæsitum an successor alter, qui vocabatur ad intestati hæreditatem fideicommisso teneretur, ratio dubitandi; quia hic Regulam pro se habebat, qua non teneri ad onera fideicommissorum hi, qui ab intestatò succedunt, scriptum est; at contrà teneri visum 5 nàm Regulæ non esse locum, animadversum à Juris Consulto, cum fraude ipsius gravati ad intestati successionem hæreditas devoluta est, quod & *D.Pius* cum *Severo* in eo, qui pecunia accepta repudiaverat hæreditatem Rescripsère in *l.1.C.de fideicomm.libertatibus.*

His ità explicatis, videamus quid *Faber* adversus Juris Consultum, & adversus receptam lectionem attulerit.

5 Primò Regulam opponit, & causatur quod is qui ab intestato, succedit, repudiata hæreditate à scripto hærede succedit testamento irrito facto, at qui, testamēto irrito facto opus est ut & fideicommissum intercidat; ergo: & in hoc differt legitimus successor à cohærede sub *n.*8. scribit, quia cohæres portionem suā adeundo testamentum substinet, legitimus vero successor irritum facit.

6 Sed huic oppositioni, quam passim inculcat facilis responsio est, siquidem illa vera esse, & locum habere potuisset ante *D.Pij* Rescriptum: nam tunc ita ex receptis juris Regulis ratiocinabatur, at post Rescriptum non item; quoniā ius constitutū habemus quo factū, ut hæres cogi possit adire, etiam postquam repudiaverit, factum etiam, ut qui ab intestato venit teneatur etiam irrito testamento, & ut intercidente testamento fideicommissa non intercidant; sed repetita à successore le-

legitimo censeantur, sicuti repetita censentur à cohærede, ut in *l. non justam 4. C. ad Trebell.* quod eo fortiùs fecit Rescriptum quia in fraudem scriptus hæres repudiavit, ut cum *Cujacio* in hac *l. 2. §. ult.* supponimus, & scribitur *in d. l. 1. C. de fideicom. libert.* & cum jussus adire fuisset distulit fraudolentèr, ut advertit *Bachovius*.

7 Secunda oppositio, quod frustra scriptum esset cogi posse hæredem scriptum ad adeundum si adhùc successor ab intestato ad fideicommissum præstandum teneretur, *Accursiana* est, & ab *Accursio* proposita in citata *l. non justam 4. vers. tractac. ad Trebell.* in cujus specie Aviam coactam adire etiam post repudiationem fraudolentam fuisse proponitur, sed

8 idem *Accursius* eodem in loco Respondit, & diluit oppositionem; occasione tamen hujus oppositionis, mihi videtur non generalitèr verum neque generaliter dicendum esse, relictum ab instituto deberi à legitimo successore fideicommissum. Sed tùnc deberi (quod his quæ *Cujacius*, & *Bachovius* dixère addendum vellem) eum hæres quia prædefunctus, cogi non potest ad adeundum; siquidem video tùm in hac *l. 2. §. ult.* tùm in *d. l. non justã*, quod hæres, qui cogendus fuisset, defunctus proponitur; ut intelligamus quod si viveret aliud esset dicendum alioque remedio utendum; igitur ex eo quod cogi hæres possit, non potest inferri generalitèr quod successor ab intestato non teneatur ad fideicommissum, sed benè potest deduci quod nõ teneatur aliquando, cum scil. hæres qui non obstante repudiatione potest cogi sit vivus, quamvis detrectet adire: unde in eo nobis cum *Fabro* non convenit quod ipse nunquam fideicommissum à successore ab intestato præstandum contendit, Nos præstandum volumus saltem quando heres qui per sordes, & per malitiam repudiaverat, ut locus legitimo successori faceret, inter moras defunctus fuerit.

9 Tertia oppositio, quod ita fideicommissarij conditio repudiatione scripti hæredis melior efficeretur vana est; nàm primò ex dictis non melior fieret, sed qualis erat servabitur. Secundò nil repugnat eã fieri meliorem, cum ità velint juris Conditores. Tertiò id absurdum non esse, & de facto etiam admissa *Fabri* sentẽtia evenit; nã si scriptus hæres qui repudiavit adsit, nihilominus cogetur, & tamen nedum quartæ deductione, sed etiam omni alio lucro, & emolumento privabitur *l. ita tamen 27. §. qui suspectam, & §. praeceptis l. si patroni 55. §. quod ego D. ad Trebell.* & ita ex his fiet repudiatione hæredis melior conditio fideicommissarij.

Ex his autem circa edictum *si quis omissa causa testamenti*, & si fateamur, & nos illud non adeò generalitèr necessarium post *D. Pij* Rescriptum, ut quisque sanæ mentis poterit judicare, non ideo tamen ex hoc sequitur quod ad hoc ut ei locus sit oporteat ponere, citra illud ad fideicommissa successorem ab intestato non teneri; nàm ut supra diximus, tunc teneri eum volumus, cum hæres, qui cogi potuisset ex *D. Pij* Rescripto, quique etiam in edictum incideret, defunctus fuerit. Cæterùm si ipsemet hæres scriptus, etiam successor ab intestato proximus foret, & ideo omissa testamenti causa hæreditatem ab intestato possideret, quis nõ videt quod edictũ utile futurũ erit? item si de legatis, & fideicõmissis particularibus tractaretur, tũc etiam necessarium; quonia lagatarij cogere nõ possunt: sanè eum *D. Pius* de eo hærede loquutus sit, qui repudiavit, non de eo, qui omisit, suavis est *Faber*, dum *n. 7.* omissionem, tacitam repudiationem interpretatur, quasi quod idem essent omittere hæreditatem absolutè, & omittere hæreditatem ex testamento, seù omittere causam testamenti, ut Juris Consulti loquuntur; nec notissimum esset quod de eo, qui omittit causam, non hæreditatem edictũm loquitur, Rescriptum vero *D. Pij* loquitur de eo qui & causam, & hæreditatem omittit, ut fideicommissarium excludat, legitimum vero successorem hæredem faciat idest alium quam eum quem testator voluerat.

Sed Regulam hanc, quod fideicommissum relictum ab instituto non sit præstandum à successoribus ab intestato, & si in Scholis, & in foro passim receptam, adeò limitant Nostri, ut extenuent, & reddant prorsus inanem; siquidem vix casum relinquũt in quo locum habere valet; ex quo enim statuere quod possit ex conjecturata voluntate testatoris, successor ab intestato adigi ad præstandum fideicommissum, quo institutus hæres fuerat oneratus; & possit ab eo præstando liberari jam non amplius de affirmativa vel negativa concipienda sollicitisunt, neque in observando an hæres cogi possit, an per fraudem repudiaverit, & in similibus pensitandis, sed perpetuò sunt anxij in inveniẽdis, & disquirẽdis conjecturis, quibus repetitũ ex volũtate conjecturata defuncti fideicommissum contendant, necnè, easque ponderant cum *Menochio cons. 310. lib. 4. & cons. 33. eodem libro*; quinimmò neque de conjecturis admodum curant eorum Plerique; dùm fideicommissi repetitionem fieri, ex vi clausulæ codicillaris autumant, & eam de stylo in quolibet testamento positam, aut subintelligendam volunt.

Illud tamen apud eosdem controversum est, utrùm repetitio ista, quam clausula codicillaris apposita operatur, habeat locum tãtummodò in succedentibus ab intestato qui

sunt

sunt positi in primo gradu, an verò etiam in illis, qui in ulteriori gradu erant, & tamèn facto eis loco successerunt testatori defuncto; nàm sunt qui negant, atque ità in ulteriori gradu positos successores reddant securos sequuti *Soceini Junioris* doctrinam in *Aut. ex causa num. 37. C. de lib. pret.* & *Ozasehi cons. 11. num. 52.* aliorumque. Sunt verò, qui affirment, & multò magis in ulteriori gradu positos oneratos repetitione fideicommissi ex verisimili mente testatoris censendos contendūt, quorum sententia Receptior est, ut constat ex *Covarr. in cap. Raiualdus §. 3. num. 8. de testam. Menochio præsumpt. lib. 4. præsumpt. 32. nu. 18. Tesauro decis. 141. nu. 18.* ex quibus *Turretus de clausula Codicillari quæst. 32. effectu 19.* Et si ego non indistinctè hanc posteriorem sententiam reciperem: quoniam si Repetitio inducitur solum sub eo colore, quod verisimile sit testatorem & de successuro sibi ab inrestato cogitasse, & hunc quoque gravare voluisse, hoc solummodò conjectari potest circa personam immediatè, & in primo gradu existētis legitimi successoris; at non circa remotioris, & ejus quem forsan testator ne novit quidem; nec obstat textus, quo utuntur Pragmatici in *l. 1. §. sciendum D. de legatis 3.* nàm ibi gravatum successorem expressis verbis videmus; quod cum sit, parum movet quod in primo, aut in longiori gradu gravatus sit positus; sumus enim in expressis, & non aliud quæritur, quàm si id fieri potuit à testatore: cum nobis quærendum sit in quæstione de qua agimus nedum an facere potuit, sed an fecerit, & an effecisse verisimile sit.

Quòd si hæres scriptus in fideicommissarij fraudem repudiasset hæreditatem, ut ità locus fieret successori ab intestato, hujusmodi fraudis probatio movere poterit nedùm ut cogendum dicamus hæredem adire, & restituere, nulla detracta quarta ex *d. l. non justam C. ad Trebell.* ex qua nō solùm *Faber*, sed *Salicetus*, & cæteri *in comment.* ad eandem, item *Bartolus, Baldus*, & sequaces ad *l. 2. C. de vulgari*, item Canonistæ cum *Panormitano cons. 40.* & quod non solùm *Pragm.* cum *Oldrado cons. 108.* & *Vasquio illustr. contr. cap. 2. n. 6.* id verum esse scripsēre, sed etiam movēre nos posse, ut asseveratunt onerandum esse fideicōmisso, & ad restitutionem adigendum dicamus eum, qui licet in ulteriori gradu positus scripti hæredis per fraudem successit.

Duo tamèn in materia repetitionis fideicommissi certiora sunt, & ab omnibus admissa. Primum quod conjunctus si ad portionem cohæredis admittatur vigore conjunctionis: & si nulla adsit testatoris expressa voluntas, quæ de illius voluntatis conjectura, adhùc fideicommisso gravatus quo fuerat cohæres censebitur; nàm portio illius ad eum cum suo onere accrescit, ut ex pluribus Juribus deducit in praxi *Guidon Papa quæst. 531.* Alterum quod fideicommissum in testamento impositum censetur in Codicillis Repetitum etiam circa bona in illis relicta ex dispositione textus in *l. cum pater 77. §. fidei tuæ 12. D. de legatis 2.* quidquid aliqui velint apud *Nattam cons. 476.*



CAPUT XV.

De Antinomia tex. in l. Minicius 61. D. de Rei vindicat.

SUMMARIUM.

1. *Antinomya inter l. Minucius de rei vindic. & l. si ex meis D. de acq. rerum domin.*
2. *Fabri Conciliatio.*
3. *Reijcitur.*
4. *Quid Repetentes.*
5. *Quid Pragmatici.*
6. *De eo qui mutuavit, sed non expressè ad refectionem an habeat prælationem si pecunia sua res refecta, quidam negant.*
7. *Alij affirmant.*
8. *Horum sententia verior.*
9. *Iuvat etiam sub intellecta conventio.*
10. *Quid faciendum ut omne tollatur scrupulum.*

1 FAmigerata antinomya illa est, quam inter *l. sed si ex meis D. de acquir. rerum domin.* & *l. minucius 61. D. de rei vindicat.* observāt Interpretes; ideòque nemo fere eorum invenitur, qui de illius conciliatione non scripserit: plurium sententias relatas habes à *Genoa de passeribus in suis legum conciliat.* nōnullas etiam apud *Bronchorsten cent. 3. assert. 29.* & apud *Osualdum* in notatis ad *Donell. lib. 4. cap. 12. lit. C.* nos etiam quid sentiremus circa eandem Responsa alibi diximus. Nunc ad *Fabrum* veniendum est.

2 Et ille dissidium esse vult inter Paulum, & Julianum, sed in speciali quæstione de navis dominio non generaliter; verum qua Ratione velit navim à cæteris rebus separandam non aperit cum nec Paulus separaverit, ut ipsemet *Faber nu. 4.* fatetur, unde juvabit potiùs eum *Paulo* minùs subtiliter, & pinguius rem tractasse, quàm adversus ipsum subtilem
3 agere. Cæterùm Ratio, quam prætexit *Faber* quod is qui navim ædificat, oportet priùs, ut catinam faciat, & hæc cum ei nulla species accedat, remanet in dominio illius, cujus fuerant tabulæ, atque ità navis tota deindè ejus causam sequatur: planè commentitia est, &

ineptè arguta, quippèquod & si carinæ speciem & formam navis non recipiat à Constructore, recipit tamen carinæ formam, & speciē, atq; ità hac de causa in dominiū ejus, qui specificat, & efformat, incidit; nam alioquin idem in vestimento dici posset; nam si ego de lana tua incipiam vestimentum facere, & adhùc non completo tu supervenias, dicendum foret texendo ob id quod hucusque factum est, quia adhùc vestimenti formā non recepit, eadem lana tua permansit, quod falsissimum est, proindè rectè ercifcundi Juris Consulti distioxēte, an tes ad priorem materiam reverti posset: nec ne; nam tùnc materiæ nova & alia forma data est, cum ità immutata est, ut ad primam reverti non possit: hinc sicuti in vestimento semifacto nemo dicet posse id ad lanā revertere, ità & in carina nemo dicet, quod revertere possit ad tabulas; quinimmò multò minùs in carina dici id potest quam in vestimentis; quoniam in Navi construenda tabulæ dissecari, partiri, & accommodari debent, ut ex illis carina fiat, qua facta ejus erit qui construxit, unde navis carinæ causam sequetur, & hoc etiam si dicas soli vice carinam habendam, nam ex quo specificantis facta est, is veluti dominium soli consequutus quod super imponitur tanquam in suo non in alieno, ut tradit *Faber* consequetur ideoque & navim.

Insuper *Julianus* dum *Minucium* notat, repræhendit illum potiùs quàm sequitur, ut *Connanus* advertit *comment.* 3. *cap.* 6. unde ex hoc evidentissimè apparet veram non esse *Fabri* sententiam, quam & *Osualdus* etiam his, & alijs rationibus locu suprà citato impugnat, & ideò novam conciliationem inveniri oportebit, quod qui volet faciat. Interim illud notabimus, quod.

4 Non solùm *Faber*, & *Neoterici* in conciliatione hujusmodi dissentionis, de qua diximus, laborarunt; sed antè eos quoque veteres Repeteores post *Accursium* ad hanc *l. Minucius Odofredum, Baldum, Angelum, & Albericum*, quorum diversas expositiones tandem renovarunt pro libito Recentiores, ut apud citatum *Genoam* videre est in conciliationibus suis.

5 At non æquè de ea curarunt Pragmatici, sed insupèr habita, relictaque scholis, illud tantummodò mordicus tenent, quod id, quod refectionis causa adiectum Rei est, eidem Rei cedit, si de dominio quæratur; at si de recuperatione ejus quod impensum fuit tractetur tunc debere Dominum Rei quod in refectionem ejusdem expensum fuit solvere pro certo habent, ideòque reficienti actionem hypothecariam super refecta re dandam volunt, & privilegia nonnulla, de quibus *Mising. cent.* 1. *observ.* 60. Item condictionem de qua *Boerius* *decis.* 44. Item, & prælationem ut ex vulgatis juribus, notant *Salgadus in labyrintho cred. par.* 1. *cap.* 11. *num.* 64. & *Acosta de privil. cred. Regula* 2. *ampliat.* 12.

6 Quod si quis non ipse rem refecerit, quoniam non possidebat, sed domino illius, aut possessori mutuam pecuniam dederit, ex qua res posteà refecta fuit, anceps quæstio est inter *Pragmaticos*, an ex hoc solùm, quod in refectione consumpta pecunia est, prælationem creditor consequatur, nec ot conventio de reficiendo ex ea pecunia processisset opus fuerit, nam sunt qui conventionis præcedentis necessitatem imponant, expressamque causam requirant cum *Alciato in l. Creditor D. si certum petatur, Mising. & Acosta locis citatis, Gailo de credit. cap.* 4. *quæst.* 12. *num.* 156. *Mercuriale, Merlino de pignoribus* alijsque.

7 Sunt verò, qui ex adverso eventum sufficere velint modo de hypotheca conventum sit: & sat esse, quod pecuniam in refectionem expensam constiterit, ad hoc ut prælationem creditor consequatur: ità *Reg. Galeota contr.* 1. *contr.* 25. *num.* 3. *Noster Faber in C. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 10. *in Notis, Gratianus tomo* 4. *discept.* 670. *num.* 8. *Burattus tomo* 1. *decis.* 62. *num.* 2. ubi *Ferrentillus Noguerolus alleg.* 5. *num.* 83.

Et sanè horum sententia, & à *Neotericis* recepta est, quinimo, & ampliata, etiamsi de hypotheca non convenisset cum *Trentl. vol.* 2. *disput.* 24. *Thesi* 7. *lit. A. & Reinardo Bacovio*

8 *ibidem*: & de jure verior est. Nàm primo expressæ conventionis necessitatem exclusam constat à Juris Consultis, ex eo quod in *l. interdum in l. Lucius D. qui pot. in l. quod quis D. de privil. cred. in l. creditor* 24. *D. de rebus creditis*, *& in l.* 1. *D. in quibus causis pignus, &c.* dum agunt de prælatione creditori ob refectionem concedenda, non aliud quam causam considerant, remque fuisse refectam ponderant, & ne vel minimum quid de expressa conventione proponunt.

9 Secundò & si quàm maximè conventio, & destinatio pecuniæ ad usum refectionis requireretur, adhùc sufficere posset tacita illa, quæ ex eventu probatur: siquidem ex quo pecunia mutuò recepta in refectionem consumpta est, potest supponi aut debet fuisse, ità à principio conventum ex Regula *legis item* 7. §. *proinde D. ad Maced.* ad quam *Dion. Goth.* in notis. Nec novum in Jure est, ut tacita, & subintellecta conventio in hac materia pignoris aliquid operetur.

10 Sed ut omne omninò scrupulum *Pragmatici* nostri tollant, solent ut conventio præcedat curare. Et ut Judicis etiam decretum, juxtà expertorum Judicium circà necessitatem refectionis, & quantitatem expensarum erogandarum interponatur, de quo videndi *Neguz. de pignor. primo memb.* 5. *parte*

tis principalis n.15. Reg.de Mar.tom.2.c.134. n.3.Salgadus par.1. n.31. Hæc tamen omnia exquiri non ut prælationem Creditor consequatur, sed ut rem probatam, cum ei agendū est, prælegat, & claram, expeditamque in judicio demonstret, vel ipsimet Practici cognovère cum Galluppo in Praxi Sacr.Con. ubi de concursu credit.p.4.c.3.& Sanfelic.dec.112. tome 1.



CAPUT XVI.

De litera, & emendatione Rescripti in l. & si non adscripta 9.C.de fideicomm. libert.

SUMMARIUM.

1 Contrarietas inter l.& si non adscripta C.de fideicom. liber. & §.1.instit.qui test. tut.
2 Quidam conciliare nituntur.
3 Sed frustra.
4 Faber ad emendationem recurrit.
5 Quidam reiciunt illius emendationem, sed tamen emendandam volunt.
7 Quid Repetentes.
8 An Presbyteri tutores esse possint controversum est.
9 Certe Clerici possunt.
10 Episcopi hodie possunt suscipere tutelas legitimas.
11 Item creditor pupilli.
12 Servus etiam si foret manumissus sub modo.

1 Cum testator servuum proprium tutoré filijs suis dederit, certum est, & liberum quoque eum fecisse. Cæterùm dubitatur an per fideicommissum id fecerit, an directò; nam Valerianus, & Galienus volunt per fideicommissum manumisisse in l. & si non adscripta C.de fideicomm.libert. Justinian. è contrà directò datam fuisse libertatem docet in §.1. instit.qui tut.testam.dari possit.

2 Nec desunt ex Interpretibus qui conciliari posse hanc apertam antinomyam credant, quorum si quis modos conciliandi videre velit, apud Genoam inveniet in suo de conciliationibus legum tractatu, inveniet etiam nec inelegantem, alterum à Marco Linklama excogitatum, propositumq; membranarum 5.cap.14.

3 Verùm enimverò, hi qui id agere conantur, subtilia quidem comminiscuntur, at non vera; adeò enim apertè text. inter se adversantur, ut nesciam si quid aliud in juris libris tam apertè in contrarias partes definitum inveniatur, ignoro quoque quid in mentem venerit illis, qui suadere velint non ita esse, cum legamus apertis verbis à Justiniano prolatum tacite libertatem directam accepisse videri, & a Valeriano, & Galieno oppositum scilicet, ut per fideicommissum manumisisse eum videatur. Hinc jàm inde à principio Accursius dixit Justinianum voluisse Imperatorum Rescriptum abrogare quod, & ab eruditioribus institutionū Interpretibus admissum est. Sanè si quis legat Eguinarij Baronis, Fràcisci Balduini, Joannis Borcholten, Francisci Hotom., Joacchi Mising. Hermanni Vltej comment. ad d.instit. locum, videbit doctissimos hos viros plura quidem commentos fuisse, sed antinomyam nec solvere, nec negare potuisse:

4 Nil aliud ergò restabat, nisi de emendatione cogitare, ut & cogitavit Faber hoc capi-
5 te, adversùs quem, & si disputent nominatim Bachovius in not.ad Treutl.vol.2.disp.8.Thesi 2.lit. S. & Osualdus in Donello lib.3.comment.
6 cap.4.tit.5. Cum ipsi deinde nullum alium conciliandi modum invenerint; faciunt ut & si Fabriana emendatio reijciatur, emendatione tamen opusesse cognoscamus, Nos qoomodo id perfici, àptius quam Faber possit scripsimus Suspicionum in libris, ab illis petat qui volet, aut alteram inveniat elegatiorem emendationem, aut aptiorem conciliandi modum, nam utrumque ei per me licebit.

7 Sciat tamen quod hęc antinomya inter citata jura non dumtaxat Neotericis, sed & vulgaribus Interpretibus notissima fuit, qui & pleraque etiam commenti fuère pro conciliatione post Accursium, eum tamen pleriq; eorum crediderint Justiniani §. antiquare Imperatorum Rescriptum, ut Salycetus, Fulgosius Cantiuncula, postea Emanuel Costa select. lib.1.cap.25. scripsère.

8 Et hoc Pragmaticis quoque veluti exploratum ostendit Guttier.de tutelis, & curis p.1. cap.10.nu.2. & arrepta occasione ex eo quod dictum est de servo, qui sine libertate tutor esse nequit, plura adnotat de his, qui tutores esse non possunt, ex quibus duo seligimus, adnotanda hic Primum, quod quamvis ex legum dispositione Episcopis, & Monacis interdicta tutela sit, non item interdicta est Presbyteris secularibus, si aut de miserabilium personarum, aut de legitima tutela tractetur, non tamen de testamentaria, & dativa, ut ex §. Deo, autem amabiles, Aut.de sacrosan. Episcopis, quod anxiè, & latè ostendit Costàtinus Casarus peregr.quast.lib.1.q.19. Cum tamen, sine ira, & studio, ut decebat id iàm effecisset ab eodem Casaro adducti Guttier.de tut. p.1.c.p.1.n.26. de Grassis de effectibus Clericatus effectu 16. & Jo:Bapt.Larrea allegat.fiscali 86.a n.3. quanquā veteor ne non in contrarium

Nn 2

rium usus sit, & Presbyteri si velint (cogi enim non possunt) quamlibet tutelam sibi demãdatam valeant exercere, & si à Judice laico impositam ut & *Marãta in speculo p.4.dist* 11. *num.65*, sentijsse videtur, & *Angelus, Speculator*, & alij cum quibus *Barbosa ad l.generaliter C.de Epis.& Cler.* ea autem administrata curam suo Judice cõputorum rationẽ reddẽt juxta nutata à Civilistis cũ *Rov. dec.20. R.de Mar.lib.1.c.33.* à Canonistis cum *Belletto disquisit.Cleric.par.1.tit.3.§.1.n.16. Amb. de immunit.Eccl.c.20.n.54.* & Moralistis cum quibus *P. Diana resol.moral.p.1. res.18. & par.4. tom.1.resol.39.* quicquid in adversum nixus sit allegate *Capyc.Latro consul.103.* Cæterùm
9 utcumque se res habeat, limitari prohibitionẽ in Clerico non adhùc in sacris fatêtur omnes cum *Scradero de feudis p.10.sect.20.n.27.*
10 sicut, quoad tutelam legitimam, antiquatam in Episcopis, & Monacis primam par. dicti §. *Deo amabiles*; nec nunc prohiberi si velint legitimos esse tutores patet ex *cap. pervenit 86. dist. & Canone generaliter 16.q.1.* ubi *Glos. & DD. & Speculatore lib.1.p.3. de tutore §. generaliter n.11.* quod fatetur idem *Casaras n.3.*
11 Secundum quod seligimus est, quod quamvis regularitèr pupilli Creditor ejus tutor esse nequeat, si tamen à testatore sciente datus fuerit, non obstante quod Creditor sit, quoniam ejus fides approbata, ad tutelam gerendam debet admitti; nec ideò creditũ perdit, sicut nec legatum ei factum ammitteret *Guidon Papa q.144. Papon.lib.15.tit.5. Arrest.2. & Berous q.49.*
12 Denique si libertas quidèm data sit servo, at modus aliquis adimplendus libertati impositus; quia servus liber fit, adhùc modo non impleto, remanet liber, ita ut semèl data libertas revocari non possit *l.1. C. si adversùs libertatem l.si ex causa §.fin. D.de adimpl. leg.l.Imper.D.de manumiss.test.R.Rovit. dec.4. num.40.* dicendum erit, hunc servum ad tutelam esse admittendum, nisi expresè adempta in pœnam libertas, si modũ non adimplevetit ab eo fuerit juxtà *l.1.C.de his, quæ pœnæ nomine*, nã tùnc quoniã liber non est, quousque adimpleat; & conditio resolutiva vertitur in suspensivam *Rota Rom.dec.464.nu.10. inter novis.p.1. Paulus, & Fulgos.cum quibus Rovit.ubi suprà*, dicendum erit, nec tutorem interim hujsmodi servum esse posse.





CAPUT XVII.

An emptor cogi ad tradendum precisè possit, an verò ad æstimationem damnandus sit.

SUMMARIUM.

1 *In quæstione proposita Martini sententia.*
2 *A plerisque antiquis, & Neotericis probata.*
3 *Sed male.*
4 *Explicatur Paulus in sententijs.*
5 *Rejiciuntur quæ Faber congerit.*
6 *Explicatur l. si quis D de act.empti.*
7 *Explicatio l.4.C.de act.empti.*
8 *De Repetentium, & Pragmaticorum sententia.*
9 *Iterum de eadem.*
10 *Res cum fructibus restituenda.*
11 *De traditione per clausulam constituti.*
12 *Impugnatur aliquorum traditio.*
13 *Et aliorum quoque assertio reiicitur.*

1 SI venditor tradendi rem, quam vendidit emptori facultatem habeat, teneri eum præcisè ad tradendum, voluit *Martinus* antiquus Glossator; at illi statim contradixère *Joannes, Bulgarus, Azo, Hugolinus, ut Accursius* refert in *l.1. D.de contr. empt. Faber* autẽ veterem *Martini* sententiam in præsenti capite firmare conatur cum tamèn nil novi, & de proprio afferat, sed olim dicta, & ab Interpretibus centiès repetita reportet, velitque eas recipi pro suis conjecturis. & ut id obtineat statim, sub *num.1.* scribit *Martini* sententiam à cæteris Interpretibus juris ferè
2 omnibus improbatam fuisse, co scilicet fine, ut destitutæ opinionis assertor non receptissime sequax viderètur; cum tamen oppositum constet ex commentarijs Interpretum qui præ manibus sunt dum in illis legimus non improbatam sed probatam *Martini* sententiã: & adeo communi calculo probatam ut inter communes sit relata à *Francisco Vivio* in ver. *Venditor*, & à *Villalobos lit.V.* probatam quoque, & à Neotericis, scimus inter quos sunt *Corasius 2. Miscell.3.n.7. Gomez. var.2. resol.10. Pinellus in l.1.C.de bonis mater. Cujacius ad l.72.de verbor. oblig. Oldendorpius cl.4.art.1.num.7. Vultejus in principio instit. de empt.& vend.n.81.* & pleriq; alij Hinc magnus *Cujacius* de ea loquens in notis ad *Pauli* locum primo *sent.tit.13.* non ut *Faber* improbatam communitèr; sed *multorum consensu, multorum argumentis comprobatam dixit*.

3 Ve-

3 Vereor tñ ne non in ea quoque, ut in alijs solet, verissimum sit *Justiniani* monitum illud in *Epist.* de conceptione *Digestorum* §. 9. *sed neq; ex multitudine Autorum, quod melius, aut æquius est judicatote*; vereor sanè, nam cum *Joannis* sententia opposita, Juris Respõsa pro se habeat apertissima, & quæ ab *Accursio* alijsq; veteribus adducta Novissime ab *Hugone Donello*, & *Huberto Gifano* Viris doctissimis explicata in *Cõm. Cod. in l.4. de act. empt.* ea non facilè possunt tergiversari, quando prædicta Martini nulla idonea ratione innititur, nulloque juris capite undequaque fulcitur.

4 Et primò *Pauli* locus *lib. 1. sent. tit. 13.* quò potissimum nituntur quicunque ex eruditioribus cum Martino sentiunt, movere non debet; tùm quia, ut *Bachovius* notat ad *Treutl. vol. 1. disp. 28. Thes. 1. lit.* C. ubi latissimè de hac disputatione agit *Pauli* libri sententiarũ sicut, & *Vlpiani*, & *Caij fragm.* de quibus idẽ *Cujacius* monuit, ab *Aniano* nedùm interpretati, & abbreviati, sed & interpolati fuère; tum etiam quia, ut idem *Bachovius* subijcit non est *Paulus* de præcisa necessitate explicandus; Et denique quia, ut verius mihi videtur, potuit quidẽ allatę sententiæ *Paulũ* fuisse, sed illa *Tribon.* non placuit; ideoq; rejecit, & *Vlpiani* scilicet æmuli, contrariã proposuit in citata *l. 1. D. de act. empti.* unde inciviliter faciunt qui ex *Pauli* loco extra Juris libros hanc controversiam in Juris libris volunt decisam.

5 Secundò quæ congerit hic *Faber* à *n. 2. ad* 4 quod is, qui vendit, hoc unum præcipuè promittat, se traditurum rei venditę vacuã possessionem, ideòque ex bona fide ei non permittendum ut non præstet quod præstare debet, præcipuè cum habeat apud se retineatque rem, quam præstaturus est, & his similia facili negotio dissolvũtur, quippe quod ex his concluditur, convenire bonæ fidei, ut res tradatur, quod ultrò concedimus: at propterea ad id præcisè, & ex necessitate teneri venditorem negamus, dum quod interest offerat emptori ex quo jàm satisfactum bonæ fidei concedere oportebit, alioquin nec ex bona fide esset aliquem præcisè cogere ad id faciẽdum, vel id tradendũ tibi, quod tua non interest habere, & sanè habere tua non interest cum quod interest ultrò tibi offertur. Cæterùm qui potiùs rem malit, quàm interesse, vult Juris Civilis dispositione ad propria desideria abuti, non damnum sarcire, aut quod sibi debetur consequi.

6 Preterea nec pro *Martino* facit nec *Joanni* obstat *l. si quis 46. D. de act. empti*, etenim ibi non ut rem præcisè tradat cogendum esse venditorem J. C. respondet, ut malè *Faber* interpretatur, *n. 4.* sed ut cõtractum impleat; impleatur autem contractus, vel traditione si tradere velit venditor, vel si hoc malit solutione ejus quod interest.

Patet ergò ex his receptiorem sententiam, quam, & hic confirmare vult *Faber* non omninò tutam esse, & probabilissimè dici posse venditorem si rem tradere nolit, non posse præcisè ad id cogi, sed ad præstandum sulum quod interest.

7 Quod si ne habeat quidem venditor, quod tradat, quamquã si dolo suo, & procacia non habeat Præsidem Provinciæ æstimaturũ quid præstare eũ debeat, Rescribũt *Diocl. & Maximil. in l. 4. C. de act. empti*: atque ita docent, posse venditorem non habere quod tradat, & posse dolo suo, & pervicacia; quid ni ergo poterit voluntate sua? an multum differt non tradere quia dolo, & voluntate sua fecit ne posset, & non tradere quia nolit? Sed in specie ab Imperatoribus tractata, an æstimatio ex juramento emptoris desumatur quæri solet, & plures negant ea nimirum de causa quod in actionibus empti jurari in litem posse nequaquàm volunt, hos sequitur *Faber*

8 hic eorumque argumenta transcribit, quod & strictim facit etiam *Gifanus* loco supracitato; non tamẽ desunt qui affirmant. Vt penes *Roman. cõsil. 247.* & alios quorũ Antesignanus omnium fuit *Accursius*, qui ad verbum *taxationem d. l. 4.* adnotavit *per se, vel per emtoris Sacram. factam* nec horum improbabilis sententia est, nam non obstant quę *Faber* adduxit; & Primò non obstat *tex. in dicta l. 4.* cujus ut ait idem *Accursius* explicari possunt illa verba *fuerit arbitratus*, idest arbitrio regulato non solũ à probationibus, & conjecturis, ut sentit *Baldus*, sed etiã ex juramẽto emptoris. Secundò non obstat, quod ut quidẽ jactant in empti actione in litem nõ juratur quia in re vendita nihil juris emptor habeat priusquã tradita sit; Nàm hoc falsum esse convincitur eo quod cum emptio solo consensu perficiatur periculum ipsius ad emptorem statim pertinet etiam non tradita adhùc possessione, ut vel ipse *Faber* adversus *Cujacium* disputavit *coniect. lib. 2. cap. 4.* & adnotavit infrà *lib. 12. c. 7. n. 6.* unde non poterit dici absolutè quod nullum jus competat super vendita re emptori, illud vero quale sit, & si non possit exigere præcisam traditionem, potest tamen interesse expostulare, & illud interesse quod mediante juramento exprimetur, id indulgẽdum, namque ei est qui re empta privatur, cogiturque quod emit vendere ob dolũ, aut contumaciam adversarij venditoris. sanè permittendum foret emptori hoc juramẽtũ, vel ab his quoq; qui cogere ad præcisè tradendũ eum posse volunt, ut saltẽm ad tradendum per illud cogat eum, qui cogi aliàs non posset, ut suprà diximus. Cætera de in litem

tem jurando, & de æstimatione alibi dicemus.

9 Sed remanet ut post quam vidimus, quæ *Faber* adduxit, investigemus quoque *Repetentium* dicta, & quid ex illis hi qui in foro sunt in praxim deduxere, & sanè quod & suprà monuimus, *Martini* sententia, quæ affirmat cogendum venditorem si possit ut præcisè rem tradat, Receptior est, & proinde tàm Repetentes cum *Bartolo*, *Baldo*, *Dino*, *Saliceto*, *Alexandro*, *Paulo*, & reliquis ad *l.1. D.de contr. empt.* & *Jasone in §.actionum num.*137. quam Pragmatici cum *Viviano*, & *Villalobos in commun. opin. Mozzio in tractatu de empt. & vendit.col.*3. *qu.*11. & similibus, id ipsum, quod *Faber* hic sentiunt; & quod *Faber* tanquàm conjecturam suam proponit, id vulgata, receptaque opinio apud eos est.

10 Addunt etiam, quod si venditor tradiderit rem à se venditam, sed non tempore præfixo, nisi & fructus quoque restituat, & faciat emptoris, tradidisse rem non videbitur *Beroius conf.*198. *num.*31. *Andreolus contr.*10. *num.* 4. Monent tamen quod nou ex quo in mora fuit tradendi venditor, statim ab emptione licebit emptori discedere, nam si ille tandem tradere sit paratus una cum interesse non erit permittendus distractus ex *Afflicto decis.*180.

11 Porrò in materia traditionis illud notatu dignum est, quod quamvis Regula sit, quod traditio venditæ rei perfectionem tribuat contractui; ideòque si res pluribus fuerit vendita, sed uni tradita, hic cæteris præfertur *F.Marcus quæst.*422. *Hartamannus cap.*6. *lib.*1. *tit.de empt.Magon. decis.Flor.*135. attamèn adeò constituti, & precarij Clausulis vim tribuunt Nostri, ut velint, quòd si res duobus fuerit vendita, & in contractu primæ venditionis clausulæ constituti, & præcarij fuerint hic primus emptor tanquam possessionè per clausulas illas assequutus, preferetur secundo, & si hic corporalem rei possessionem obtinuisset *Afflict.dec.*139.*n.*8.*Capicius decis.*182. *Boerius conf.*37.alijq; plena manu congesti, & relati à *Tiraquello de jure constituti par.* 1. *num.*21. quod in re duobus donata etiam si secundus donatarius sit pia causa, admisit *Ludovicus decis.Perusina* 29.*nu.*13. & 18. dummodò tamèn venditor, qui se constituit emptoris nomine possidere, tempore contractus possedisset, *Capicius* ubi suprà, *Guidon Papa quæst.*112. fueritque contractus venditionis purus non conditionalis *Decius conf.*247. & de re non emphiteutica, vel feudali; nàm in his constitutum locum habere nolunt Nostri cum *Cassaneo ad consuet. Burg. tit. de success. rubr.*7.§.1.*Glossa* 3.

12 Sed si tanta est Côstituti potentia, ut *Pragmatici* volunt; quoniam jàm apud Nostros receptum est, ut nullus fiat contractus nullumq; de eo conficiatur publicum instrumentum, in quo aut constitutum, precariumque non apponatur, aut appositum fuisse, non subiorelligatur, ut ex *Gramatico, Cravetta, Tiraquello*, & alijs concludunt *Ursillus ad Afflictum decis.*139. & *Galterius in praxi liquidationis instrumentorum* 2.*par.primæ partis rubr.*2.*n.*51. non ampliùs de perfectione contractus ex traditione, & de traditione ipsa alteri ex emptoribus facta, tractandum esset; nisi cum facta emptio, & venditio, sed sine publica scriptura proponeretur. At cum ijdem *Pragmatici* negare non audeant, quin hujusmodi Constitutum, quod sibi effingunt, non aliud quam fictionem quandam importet, unde adhùc eo apposito in contractus instrumento, aut scriptura, fatentur competere emptori actionem publicianam, ut dixit *Bartolus in l. emptione C.plus valere quod agitur.* Item & actionem personalem adversùs venditorem, ejusve hæredem qua adigantur ad traditionem rei venditæ, quoniàm per côstitutum nonnisi fictè tradita fuit *Glossa*, & *Bart.ad citatam legem emptione.Rolandus conf.*13.*num.*1.*Ozasc hus decis.*36. Sequitur non esse hanc fictionem tanti faciendam, ut veræ traditioni opponi possit, eamq; superet, ut eveniret in casu rei duobus vêditæ, de quo supra sieque dicendum foret non injuria à receptiori sententia ex Antiquis discedisse (si modo soli fuère) *Dinum in l.quod meo D.de acqu. possess.* & *Guidon.Papa decis.*12. quorum dicta quoniam assecta juris ratione nituntur, admodum posse contra communem, & si tot habeat jurisprudentiæ Proceres pro sua parte, visum est *Doctiss. Reg. Merlino controv.* 2. *cap.*19.*nu.*26. Nec io re de qua agimus urget, quod adversùs *Barbatum* pro *Gaito, Reg. Merlinus* ponderat, quod creditori constitutario adversùs principalem debitorem competat recuperandæ possessionis interdictum, competat remedium assistentiæ, ut praxis quotidiana docet; nam & si hoc verum, & receptum, sed an jure vel injuria videant alij, adhùc Respondemus, id ita esse quoniam quoad debitorem attinet qui se possidere constituit, quod vera possessio, aut ficta in creditorem traslata sit parum movet, nam etiam si ficta, improbe illi agenti resisteret cui ipse cauturû voluit, sed cum res non cum debitore, sed cum alio emptore est, aut cum alio creditore, & his secundis corporalis possessio fuit tradita aliud dicendum erit, nisi prævalere fictionem veritati velimus, & primam adversùs secundam subsistere.

13 Præterea si venditione perfecta adhùc venditor Rem retineat, & emptor eum possit, illû ad tradendum non adigit, non obscurè ostêdi, non veram, sed simulatam venditionem fuisse,

fuisse, consentiunt Practici omnes *Menochio de arbitr. lib. 2. casu 39.* & *Farinacio de falsitate,& simulatione quæst. 162. n. 228.* hoc tamē non semper procedere adnotandum erit, præcipuè si pretium adhùc non fuerit solutum; nam venditor, & si verè, & non simulatè vendidisset, ut cautus foret rem retinebit, ut advertit appositè *Andreolus contr. 418.* quanquàm sæpè sæpiùs tradere quidem rem venditores soleant, sed dominium illius sibi reservare, idest specialem cum prælatione super eadem re hypothecam, ut explicant Pragmatici, cum quibus citatus *Merlinus cent. 2. c. 36.* hoc tamē si nō fecerit, nec reservatione dominij hanc hypothecam sibi acquisierit, an adhùc eam habeat, anxiè idem *Merlinus lib. 2. c. citato* & post eum alij & *Torni 2. par. Compendij ver. venditor* disquiruot, cum tamen negativa sententia, ut plurimum recepta, nam & si facta dominij reservatio, sed non in eodem contractu verum in alio subsequenti nil eam operari ex pluribus Juribus, & ex *Neguzantio*, & *Gozadino*, adnotavit *Rodoerius ad Reg. de Marinis caput 224. num. 19.*



CAPVT XVIII.

Ad §. qui cum esset l. cum post 43. D. de admin. & peric. tutorum.

SVMMARIVM.

1 *Quæstio à Paulo proposita in §. qui cum esset.*
2 *Explicatur textus adversus Fabrum.*
3 *Duplex species proponitur.*
4 *Quid de vers. quid si mulier.*
5 *Lectio revera in dicto vers. corrupta.*
6 *Quid Repetentes & Pragmatici.*
7 *Impugnatur quædam Surdi traditio.*
8 *Pater dotans filiam censetur de bonis suis dotare.*
9 *Quid de Ærario, seu factore.*

MOre suo *Faber* in explicando *Pauli* Responso in §. *qui cum esset l. 43. D. de admin. & per. tut.* dum quod scriptum est in *vers. quod si mulier* non benè percipit Tribonianeum esse, & perperam dictum contendit, sed an jure investigemus.

1 Proponit in dicto §. *Paulus* quæstionem de eo, qui cum esset patruus, & tutor pupillæ: quatrigenta mariro illius se dotis nomine datum promiserat, & cū posteà vires patrimonij nō sufficere, emergēte ære alieno apparuisset: sibi succurrendū postulabat: Et aitrationem dubitandi eam esse, & pro Curatore facere, *quod non ut de suo daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere promiserit,* unde ex hac eadem dubitandi ratione facilè intelligimus in contrarium illud movisse, atque fuisse decidendi rationem, quod hic tutor, & patruus erat, & se daturum stipulanti

2 spoponderat: hinc *Paulus*, ut solet, de una alteram quæstionem deducendo adijcit: *Præterea & illud hic potest tractari, utrum si sciens curator non sufficere promiserit, ut donasse videatur, vel quoniam dolo fecit, non illi succurratur.* Et in his verbis non alteram dubitandi rationem subtexuit, ut malè credit *Faber*, qui proinde particulam negativam adjūxit, legendumque voluit: (*præterea nec illud potest tractari*, atque ita œconomiam Responsi invertit, sed priori quæstioni alteram paulò diversā adjunxit; Et quidē si asseverasset proposita specie de patruo tutore: nō posse tractari, utrum donaturus promisisset, nullam penitùs dubitandi Rationem habuisset *Paulus*, & ipso indigna fuisset quæstio. Cur enim dubitari poterat, an teneretur, & qua de causa teneri eum dici?

3 Duplicem igitur proposuit *Paulus* quæstionem. Primam de eo, qui insciens, & imprudens promiserat, ideoq; incertum, an tutorio nomine, an etiam proprio promisisset. Secundam de eo qui sciens, ideoque utrum donasset, an potiùs dolo egisset incertum. Et huic secundæ respondet Regula generali adducta, succurrendum non esse: Primæ verò respondet innuens eandem Regulam in ea locum non habere, ibi: *Sed is, de quo tractamus, &c.* ita doces quod ex eo quod Patruus erat, is de quo agebatur, & ex eo quod se daturum promiserat, non ideo præsumitur donandi animo, sed potiùs gerendi officij causa promisisse.

4 His addit J. Consultus in vers. *quod si mulier*, tractans de muliere minore cui cum à curatore amplior dos data foret quā patrimonium ejus sufferret, quòd per exceptionem huic curatori succurrendum erit & cautio viro præstanda si patrimonium augeatur promissam dotem ei solvendam. Cum ergo succurrendum curatori velit J. Consultus ignorantem promisisse supponit, & quidem ignorans curator potuit officium suum egredi non prudenti intentione, sed facto ipso, ut si ex. gr. in patrimonio Minoris, essent centum, existimando esse bis centum, & cum officium suum fuisset centum promittere illud egressus bis centum promiserit ignorantèr tamen, & insciens.

5 Cæterùm ego nedum fateor verba illa: *Si mulier Curatorem suum adimplere nonqueat*, inelegantia esse, sed corrupta contendo, & longe alium sensum habere, quàm putant *Faber*, & Intepretes decepti à non sana lectioue, & hanc

& hanc quomodo sanandam adhibita ad rem emendatione docui in *Suspicionum* libris à quibus petat qui volet.

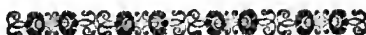
6 Repetentes tamen cum *Castrensi*, & *Saliceto* cum ex hac *l.cum post* 43.tum etiam *ex l.ult. C.de dotis promissione* duo solent firmare, quorum primum est, quod tutor si sciens promiserit, aut solverit, quod pupillus non debebat, aut solvere non tenebatur, suo periculo id facit. Secundum, quòd qui dotem pupillæ nomine dedit, aut promisit, animo repetendi id fecisse, & sui officij gerendi causa præsumendum est. Pragmatici tamen non simpliciter hoc secundum admittunt, sed varijs limitationibus explicant, sive potiùs destruũt: ut videre est apud *Menochium de præsumpt. lib.3.præsumpt.15.num.14.* Nec primum contenti sunt recepisse, sed ampliant, & latiùs porrigunt, quam par est, ut apud *Montanum de Jure tutelarum cap.32. Regula 9.*

7 Sed cum in hac lege nostra Rationem dubitandi fecisset, quod bona pupilli non satis esse apparebat, videant Nostri, an verum sit, quod *Surdus de alimentis tit. 9.q.39. num.8.* & ex eo *Consiliarius Staibanus resolut. 89. num. 24.* scripsère. Tutori, scil. restituendas, reficiendasque expensas pro pupillo factas, etiam si excedant valorem omnium facultatum ipsius pupilli, quod idem est, ac dicere etiamsi pupilli bona satis non esse appareat quando hic ne expensum quidem dotis causa à sciente tutore pupillus approbare tenetur.

Sed cum hic illud quoq; fuerit consideratum, quod tutor qui promiserat, & patruus fuerat, unde videbatur donandi animo nepotem pupillam dotasse, ex his sequitur quod

8 & illud rectè ijdem nostri monẽt, quòd si pater cum filiæ bona administraret eam dotaverit, nisi protestatus fuerit se dotem dare de bonis filiæ, aut animo repetendi ab illis videbitur de bonis suis, & ex paterna charitate ductus id egisse *Gomez. ad l.29. Tauri Escobar de ratiocin.cap.22.n.55.* quod in alimentis præstitis filio verum non esse, si filius peculium habeat, illudque à patre administretur *Paulus Castrensis* dixit, si in hoc ei credendum *cons.412.* certè id quoque dicendum si alimenta mater præstitisset *Escobar* ubi suprà adnotavit.

9 Insupèr cum de periculo tutorum quæritur, & illud adnotandum erit, quòd non solũ si substituat tutor in administratione alium suo periculo id faciet; sed si Ærarium, seu factorem, aut Receptorẽ constituat hos omnes & suis sumptibus constituet; & pupillo pro illis tenebitur, quod quomodo procedat latè post *Jodocum Dahmmaderium* congerit *Staibanus resol.90.& in observatis.*



CAPUT XIX.

Retinetur recepta lectio in l. cum tabulis 16. D. de his, quibus, ut indignis.

SUMMARIUM.

1 *Species hujus l.*
2 *Fabri sententia.*
3 *Respuitur.*
4 *Conjectura Fabri.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Rationes a Repetentibus allatæ.*
7 *Quid Pragmatici.*

1 IN specie proposita in *l.cum tabulis 16.* in principio *D.de his, qui ut indignis*; satis perspicuum est quid *Papin.* Respondeat, nempè à testatoris nepotibus, qui substituti cum alijs impuberi filio fuerant auferendam partem hæreditatis ex causa substitutionis, eo quod pupilli matrem suppositi partus ream postularant, & victi tandem fuère: eam tamen quam reddit rationem, *quia ex testamento sẽtentiam secundum se dictam non haberent*, obscuram nostri existimant, & *Faber* qui lumen afferre se credit magis ut solet, obtenebrat, nam dum emendare conatur, corrumpit lectionem receptam.

2 Ait ergo ipse *Faber* sensum *Papiniani* esse ideò in proposito à nepotibus auferendam hæreditatem, quia si secundum eos pronunciatum esset in eo judicio, quod contrà matrem instituerant, hæreditatem ex testamento retinuissent, hinc ut hoc dicere faciat Juris Consultum, emendat lectionem, vultque legendum, *quia ex testamento (sententia secundum se dicta) non haberent.*

3 Verùm enimverò nec sensus quadrat, nèc emendatio recipi potest. Primò his ablativis absolutis *sententia dicta* potiùs *Tribonianus* uti, ut ipsemet *Faber* plaries scripsit, quã *Papinianus* solet. Secundò neque sic emendata lectio sensum *Fabri* admittet, sed oporteret ità legi *ex testamento (sententia secundum se dicta) nec haberent.* Tertiò neque bona, neque elegans ratio erit quia etiam si ad intestatum devoluta fuisset successio, adhùc, ex testamento non fuissent habituri nepotes hæreditatem. Quartò tandèm quia constantem lect. omnes Codices habẽt in quarta casu scil.

4 *sententiam secundum se dictam*; Et quanquàm quidam inter antiquos in septimo casu legerint; ut *Bartolus in comment. ad hanc l.refert*

ex

ex quorum sententia hanc conjecturam habuit *Faber*, quam veluti suam nobis vendit, attamen parum de illis curandum est cum nulla aut manuscripti authoritate, aut ratione innitantur; omissa itaque Fabriana emendatione, & expositione dicemus sensum *Papin.* esse simplicem, & apertum, ideo ab his nepotibus auferendam hæreditatem, quòd sententiam secundum se dictam non haberent, idest quoniam victi fuere, & ex sententia appatuit non jure impugnasse testamentum, adeoque adversus pupillimatrem egisse, unde lucro omni se indignos ex eo testamento fecisse.

5 Verum enimverò cum mordicus teneant Repetentes, quod is, qui testamentum impugnat, omninò privandus erit omni commodo, quod ei ex eodem testamento, aut occasione illius obveniret, ut probari clamant in *l. post legatum §. qui principale D. de his qui ut ab indignis* hoc ipsum ab eis docti Practici in foro recipiendum contendunt pòst *Peregrinum de jure fisci lib. 2. tit. 10. n. 10.*

6 Et proinde in specie supra adductæ legis *cum tabulis 16.* ideò substitutum privandum hæreditate DD. scribunt; quia suppositi partus accusando testatoris uxorem, pupillam veluti suppositiam existimaverit, atque ità tabulas impugnaverit, quasi non ritè, & rectè à testatore confectas, ut ratiocinantur passim pòst *Bartolum* hic, quod sanè ità explicandū est, ut dicamus eos, qui suppositi partus accusabant mulierem, in nostra specie duplici ex causa testamentum impugnasse. Primò ex eo, quod institutio, & substitutio in testamēto facta fieri circa partus suppositi personam non poterant, juxta ea, quæ traduntur in *l. aufertur C. de jure fisci*, & notat *Surd. dec. 83. n. 1.* Secundò ex eo quod dicebant testatorem errasse substituendo, & instituēdo suppositum partum, tanquam suū, cum suus non esset, atque ità nedùm nulliter, sed & erroneè testatum esse, ex traditis à *Jacobino de S. Georgio in l. si pater C. de hered. instit. Ruino conf. 63. nu. 3. Petra de fideicomm. q. 11. nu. 197. & Surdo dec. 144. n. 4.*

7 Sed ad materiam hujus capitis illud primò advertendum ex Nostrorum traditis erit, quod suppositi partus crimen non solū speciē falsitatis constituit, sed capitale est, ut probatur ex *l. 1. C. ad l. Corneliam de falsis*, & *ex Gl.* & alijs, quos congerunt *Menoch. lib. 5. præsumpt. cap. 24. & Farinac. de falsit. & simulat. q. 150. p. 10. nu. 24.* quibus accedunt, *Grivellus decis. dolana 750. & noster Faber lib. 9. Codicis tit. 1. defin. 6.* qui omnes teneri volunt hoc crimine, etiam eos qui suppositioni patrandæ operam ministrant, ut *Mascardus* notavit *concl. 1145. Menoch.* ubi suprà, & *Joannes Baptista Costa de facti scientia, & ignorantia cent. 1. dist. 87. n. 15.* An autem hujusmodi delictum, quod falsitatis est, adeò sit enorme, ut morte natutali puniri debeat: Sunt qui negant, sunt qui affirmant: Crebriùs tamèn placuit ex personarum qualitate, frequentia delicti, causis, fine, alijsque adminiculis illud concomitantibus pœnam augendam quandoque, quandoq; diminuendam esse, videas omninò ad hanc materiam, doctissimum *Alphonsum Azaranza in suo tractatu de partu c. 5.* de partu supposito, & in sectione secundæ partis; nàm hic ex *Mascardo, Menochio, Farinacio, & Ripa* rem omnem dilucidè declarat, conjecturasq; omnes partus suppositi expendit.



CAPVT XX.

Retinetur recepta lectio in l. si convenerit 4. D. de pactis dotalibus.

SVMMARIVM.

1 *Marcelli in hac l. 4. sent. & distinctio.*
2 *Nota Gothofredi.*
3 *Fabri sententia, & emendatio.*
4 *Id ipsum affirmat quod recepta lectio.*
5 *Quinimmò ineptam illam reddit.*
6 *Animadversio facienda.*
7 *Propositum Marcelli, & distinctio.*
8 *Sed non omninò probata Vlpiano.*
9 *Quid Repetentes.*
10 *Dotis constitutio potest à principio omnia, & singula pacta recipere, modo pacta sint honesta, & non contra leges.*
11 *Pacta qua honesta censentur.*
12 *Fructus bonorum paraphernalium restituēdi.*

1 Nec clariùs, nèc apertiùs loqui *Marcellus, & Vlpianus* poterant *in l. si convenerit 4. D. de pactis dotalibus* in quæstione illa *si convenerit, ut fructus in dotem convertērtur, An valeat conventio*, etenim in ea apertis verbis distinxit *Marcellus*, utrum fundum in dotem dederit mulier hoc pacto, ut soluto matrimonio nō solum fundum ipsum, sed, & fructus perceptos maritus restitueret; an verò fructus alicujus fundi in dotem, & pro dote assignavit, quos tandèm reddi sibi cum restitutioni dotis locus foret pacta sit; & primo casu ait non valere pactum; nàm redderet omninò sterilem dotem penes maritum & prorsus inutilem.

Secundo casu valere vult quoniam cū fructus illos in dotem accipere contentus vir ex-

titir, jam extitisse contentum constat non
aliud quam usuram eorundem fructuum sive
usum illorum, pro oneribus matrimonij sub-
stinendis, lucrari. Cæterùm eos redditurum
non ut fructus prædij dotalis, sed ut corpus
2 in dotem acceptum: Et hæc *Marcelli* distin-
ctio est lucida ex se, & lucidior à *Dion. Goth.*
in notis facta dum scripsit *Pactum rei dotali
adiectum, ut ejus fructus restituat maritus in-
utile est, ut eo pacto neglecto, vir fructus lucre-
tur. Pactum verò adjectum fructibus, ut eos
in dotem maritus vertat valet: neque illo casu
vir lucratur fructus, sed utilitatem illam tan-
tùm, quam medio tempore acquirere ea pecunia
poterit* hæc *Goth.* nec diversa *Accur.* alijque
Glossatores, & Interpretes.

3 Et tamèn in re tam clara cæcutijt *Faber*,
adeo ut dispungi *Marcelli* verba, inverti, &
suppleri voluerit in hoc capite, an volunta-
riè, & novitatis pruritu? an alibi intentus, &
distractus? Sanè illud seriò adnotandū quod
postquàm tot turbas movit, manusque etiam
Juris Consulto intulerit; tamen dum contē-
dit distinxisse *Marcellum*, an fundus in do-
tem datus esset ea lege, ut fructus maritus red-
deret, & hoc casu inutile esse pactum affir-
masse; an verò non convenisset de reddendis
fructibus, sed fundus, vel ususfructus in hoc
traditus esset, non ut dotalis fieret, sed ut
maritus ex eo fructus perciperet in dotem fu-
turos, & hoc casu cogendum maritum resti-
tuere validumque pactum J. Consultum di-
xisse, jam in idipsum quod fugiebat incidit.

4 Rursùs in secūdo distinctionis capite illud
ipsū asserit quod recepta lectio, atque ità, vel
invitus fateri cogitur emendatione opus
non esse: nisi tamen emendare velimus, ut
ineptam reddamus Juris Consulti narratio-
nem quod eveniret si in illa dictum faciamus,
an non convenerit, idque pluribus modis; nam
5 Primò, quia dum de conventione species pro-
ponebatur non distinguendum erat, *an non
convenerit, vel convenerit*. Sed *an hoc modo
vel illo convenerit* mulier, quæ fundum in hoc
tradiderat, ut fructus perciperet maritus. Se-
6 cundò cum illa cōvenisset non ut fundus, sed
ut fructus in dotē forent, vel ex hoc maximè
convenit eos tempore dotis restituendæ red-
dendos. Quod si dicas at non ità convenit in
primo distinctionis casu, hoc fassus Replicabo
non uti conventionis de fructibus, non
corpore in dotem dandis mentio fieri; ita
de conventione non facta, ut maritus cor-
porum sibi in dotem datorum fructus perci-
piat, opus fuiße; & proinde ex hoc capite
adiectio illa (*sed si non convenerit*) frigida est,
otiosa est, inepta est. Præterea animadvertere
Faber debuerat quod cum longè diversum
fuerit apud *Marcellum* (pensitanda enim sin-
gula Juris Consulti verba sunt) *fructus in do-
tem converti, & fructus in dotem esse*, sivè con-
venire, ut fructus in dotem convertantur, &
convenire ut in dotem sint. Nam priori pa-
cto ostendebatur datum fundum in dotem,
conventumque posteà ut fructus converte-
rentur quoque in eam, ipsamque augerēt; po-
steriore vero pacto, significatur nil aliud datū
fuisse quam fructus, conventumque, ut illi dos
forent, & cū ad utramq; conventionem con-
veniens esset illa verborū formula (*Convenisset
de fructibus reddendis*, eaque usus Marcellus
fuisset, de posteriore conventione agens, ita
loquutus est tamen ut nobis significet, quod
illud quod dixerat, non de primo modo con-
ventionis, sed de hoc secūdo accipiendū erat,
unde subiecit, hoc est (*ut in dote essent fructus
quos percepisset*) ita se lucidius explicans;
hoc autem quia *Faber* non advertit, credidit
citatam clausulam inepti esse Interpretis, nec
consideravit, vel ex ipsamet sua ratiocina-
tione sequi, quod cum diversa sit una ab alte-
ra conventio, de qua tractaret J. Consulto
exprimere, opus fuisse.

7 Igitur à primo ad ultimum concludendum
erit non aliud fuisse *Marcelli* propositum,
quàm distinguendi, utrum fructus ipsi tan-
quàm dotale corpus à principio fuerint dati,
& ut illi perciperentur traditus fundus fue-
rit, vel ususfructus: an verò in dotem dato
fundo, vel ususfructu fuerit adiectum pa-
ctum, ut fructus illius etiam in dotem con-
verterentur.

8 Verum enim vero quamquam ita pla-
cuisset *Marcello* cjus tamen distinctio non
omninò placuit *Vlpiano* qui ideò alteram ex-
cogitavit, & tradidit, sed vereor, ne non me-
liorem; quid enim si is, qui in dotem non ac-
ciperet nisi tercentum; accipere tricena an-
nua contentus foret, eaque habere ei placeret,
& quousq; casus restitutionis dotium veniret
habere illorū usum, commodū ei foret, ideoq;
libentissimè dummodo ad præsens uteretur
convenisset se eadem in futurum restitutu-
rum, ac si corpora dotalia restitueret, ut de-
beret.

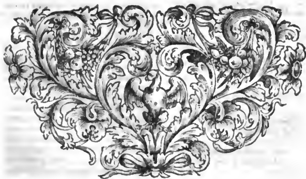
9 Utcunque tamen res sit. illud certum est,
quod Repetentes aliquanto meliùs quam *Fa-
ber* in sua hac conjectura videntur exposuis-
se hanc *l. si convenerit* 4. *D. de pactis dotalibus*,
scribentes in primo casu distinctionis Mar-
celli, ideò non valere pactum factum à mu-
liere, ut soluto matrimoniu vir tūm cor-
pora in dotem data, tum fructus restituere
teneretur; quoniàm ob pactum istud vir sub-
stinens onera matrimonij dotem habere pe-
nes se sterilem, & infructuosam cogeretur,
quod idem esset, ut *Baldus* advertit, ac si
nullam dotem habere astringeretur; & hinc
Regulam generalem statuunt, qua cautum
volunt ut pactū, per quod marito fructus do-

tis eorumq; lucrú, & utilitas aufertur, inutile sit, & invalidum, de quo videndus *Campegius de dote par.4.rubr.de pactis dotalibus qu.1.*

10 Et quamquam vulgatum, receptumque sit apud Nostros, quòd matrimonio constante, doris conditio deteriot fieri non possit, ut docuit *Afflictus decis.154. Hartamanus lib.2. cap.9.tit.de dote Tesaurus decis.230.* & similes; quoniàm tamen agebatur in hac *l.* de pacto à principio apposito, atque ità in dote constituenda, ideo Nostri anxiè quærunt, & quænã pacta à principio apposita nõ substineantur. Nam & si non omnia, substineri tamen quædam apud eos constat ex *Guidone Papa singul.56.* alijsque; Et ad quæsitum Meliores respondent ea pacta, & si à principio apposita non valere, & nulla inutiliaque esse, quæ contra legis dispositionem apposita fuerint ut in nostra lege *Marcellus* Respondet. Addunt etiam, & pactum illud contrà leges censeri, per quod necessitas marito imponeretur restituendi dotem in pecunia aucta restitutionis tempore, ut *Natta cons.31.tom.1.* docet; item & illud de non petendo dotem, vel donationem propter nuptias soluto matrimo-
11 nio *Afflictus decis.154.* & similia cum è contra, nec inutilia pacta, nec invalida esse velint illa per quæ conveniatur, ut Primogenitus ex matrimonio procreando in aliquibus, & certis parentum bonis succedat; *Menochius cons. cons.203.* vel ut maritus in aliquo certo loco domicilium habeat. *Capicius decis.135.* aut si concubinam retinere inveniatur, certam pecuniæ quantitatem in pœnam uxori solvat, *Petrus Ravenna singul.291.* & similia.

12 Cæterùm & si in hac nostra lege pactum non valuerit, *ut vir ex bonis dotalibus perceptos fructus restituere soluto matrimonio teneatur*, non idem dicemus si de fructibus paraphernalibus restituendis, foret appositum; cum alioquin si pactum restitutionis non intervenisset in fructibus prædictis oporteret distinguere cum *Cravetta cons.195.n.15. Decio cons.521. Tesauro decis.187. Rota Avenionensis decis.18.* & quandoque restitutionem dare sicut, & restituere virum debere uxoris hæredibus, & è contra hæredes Viri uxori quidquid de bonis uxoris ad maritum pervenisset, adnotatum est à *Franco decis.172. à num.2.* & ab Addentibus ibidem qui aliqua collegere ad materiam.

Finis Sexti Libri.





D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER SEPTIMUS.



CAPUT I.

Ad tex. in l. in fideicommisso 3. in princ. D. de usuris.

SUMMARIUM.

1 *Faber injuria mordet Accur. & Bart.*
2 *Male explicat Papinianum.*
3 *Quid Repetentes veteres.*
4 *Pragmat. concedunt vindicationem bonorum fideicommisso subiectorum etiam adversus tertium possessorem.*
5 *Restitutionem fructuum regulant à mora secundum distinctionem Papiniani.*
6 *Si fideicommissi dies cessisset, & fideicommissarius negligens fuerit ad petendum, gravatus eiusve hæres lucrantur fructus.*
7 *Sed non si locupletiores effecti, quod tamen non præsumitur.*
8 *Nam id probandum ab actore, & in specie probandum.*
9 *Ostenditur ex apertis juribus.*
10 *Fructus ex voluntate testatoris percepti non restituuntur, nisi patrimonio in totum collapso.*

1 IN expositione hujus *Papinianei* Responsi, quod extat in *l.* 3. *D. de usuris* satis alioquin perspicui, satisque ab alijs explicati succensendum potissimum *Fabro* est, quòd cum omnia desumpserit ab *Accursio, & Bartolo*, mordet tamèn illos sub *n.* 2. quod dixerint in hac proposita specie fideicommissarium in personam, & in rem agere potuisse, idve in sua fuisse electione; cum tamèn *Accursij, & Bartoli* verba non cavillari, & retorquere, sed ut decet bonafide exponere velimus, satis ex illis intelligemus, nunquàm ita dixisse, & nunquam hanc electionem fideicommissario tēpore hujus legis, & in eius specie dedisse (& si daret hodiè post *Justiniani Constitutionem*) & hinc ijdem tùm in constituendo casu, tum in discursu, semper fideicōmissarium in personam egisse ponunt, & ex hac unita ratione ad aliquas obiectiones respondent, ut qui volet videre, potest in eorum Commentarijs.

2 Rursus, & illud animadvertendum quod non benè *Faber* explicat *Papiniani* mentem

tem, dum *sub num.* 6. scribit. Eam esse, ut ex Imperatoris decreto fructus omnes, qui post sententiam de fideicommisso latam percepti sunt, & percipi potuerint: intermisso tamen, hoc est detracto judicati faciendi tempore, fideicommissario ad aliam usque secundam (quam fieri necesse est, ut eorum fructuum nomine hæres condemnetur) restituantur; nàm Primò cum de fructibus antè sententiam, qua condemnatus est fideicommissarus loquimur non poterit dici illos indistinctè debere hæredem restituere; quia cum de hoc tractatum apud *Papinianum* id ab eo distinguendo decisum est undè distinctio adhiberi oportebat, & an in mora fuerit hęres, antequàm ad Judicem perveniretur (tametsi id non facilè evenire possit,) an vero non fuerit videndum, dicere: & quod si fuerit in mora, ad fructus omnes hæres condemnabitur, Si non fuerit, nequaquàm; quod cum non fecerit *Faber* malè dixit indistinctè quod hæres tenetur ad restituendos fructus perceptos, & qui percipi potuere à die primæ sententię ad diem usque secundæ, in qua, & ad fructus cõdemnatus fuit; malè sanè nam si mora non præcessit verum id non est: si præcesserit, inutiliter monitum, & frustrà: nam quis de hoc dubitare posset, si dùm in mora hæres fuit tenetur etiam ad fructus perventos antè sententiam? Quod si dicas ita loquutum *Fabrũ* quia voluit teneri hæredem, & ad fructus restituendos quos post tempus ad faciendum judicatum constitutum percepit, aut percipere potuit, Respondebo, & in hoc etiam moram supponi in hærede ideoque ad primũ Caput distinctionis pertinere hũc casum scil. ad Caput de mora contracta in non parendo sententiæ, quæ statim post concessum tempus exequenda erat, quinimmò etiam manu militari, unde cum et condemnatus non obtemperaverit ut par erat, in contumacia, & mora fuit & proinde ad fructus condemnandus. Igitur ex his, concludendum quod omninò *Papiniani* distinctio ad eos fructus pertinere dicenda est, qui ante sententiam percepti à condemnato fuerint, aut qui percipi ab eo potuere: Nam quoad fructus post sententiam perceptos, satis apertum erat quid dicendum fuisset.

Denique si quis de judicati tempore, plura nosse velit, & eruditiora, adeat oportet *Jacobum Cujacium obser.* 3. *cap.* 39. *& Gulielmũ Fornerium select.* 2. *cap.* 15. neque enim opus esse credimus eorum dicta hùc transferre, dum quid Repetentes quidve *Pragmatici* ad materiam adduxerint investigamus.

3 Et sanè, quanquàm verissimum sit, quod Veteres, ut suprà dicebamus in proposita specie post *Accursium, & Bartolum* crediderint fideicommissario in hac lege potestatem tantummodò in personam agendi fuisse, non item in rem: attamen qui eos sequuti sunt propter laram à *Justiniano Constitutionem*, sivè juris ignoratione aliter scripsère, adeo ut vulgò utramque actionem fideicommissario competere passim traditum, & absque ulla ratione receptum sit.

4 Hinc *Pragmatici* plerique vindicationem bonorum fideicommisso subiectorum; tum à gravato, tum à quolibet possessore etiam antequam ipsi hæres gravatus restituat (quandodum restituere debebat non adfuit, vel mortuus fuerit nullis relictis filijs) Fideicommissario concedendam existimant cum *Gravetta consf.* 72. *n.* 5. *& consf.* 201. *nu.* 16. *Papponio lib.* 20. *tit.* 3. *Aresto* 20. *Guid. Papa qu.* 601. *& singul.* 552. *Francisco Marco q.* 445. *p.* 1. *& Menochio consf.* 44. *n.* 15. *vol.* 1.

5 Sed quoad fructus attinet distinctionem illam, quam *Papiniani* esse diximus inter perventos ante moram, & post moram, sivè antè judicium cæptum, & post; unanimiter in foro, & in scholis recipiunt omnes: his insupèr habitis, quæ *Faber* hic congerit: Nam apud eos indubitatum est, quòd si mora non præcesserit judicium, conventus reus non tenebitur, ne de fructibus quidem receptis intrà tempus, quod judicati faciundo datur condemnatis, ut ratiocinatur *Baldus, Castrensis, & similes ad hanc l. fideicommissi Soccinus regula* 130. quinimmò, & *Neoterici* post *Petrum Costalium* ad citatam legem, *Joannem Robertum* 2. *sentent. cap.* 9. *Donellum de usuris, & mora cap.* 1. *Borcholten. de usuris cap.* 3. & similes, à quibus tamen dissentiunt nonnulli; at lucrabitur quoque hæres fructus perceptos conditione pendente; siquidem ea pendente, in mora non est, ut ijdem Do-
6 ctores adnotatum reliquère. Cæterum si dies fideicommissi cessisset; negligens tamen in eo petendo fideicommissarius foret, interim hæredem fructus lucrari voluère *Cravetta cõs.* 375. *num.* 11. & sequaces ex notatis ad *Francum ab Amendola dec.* 31. & ex *Surdo dec.* 15. *nu.* 5. Quod sanè summa innititur ratione & ex apertis juribus in *Litem veniunt* 22. §. *item eorum, &* §. *eos autem D. de petitione hæreditatis*, & in *l. sed si lege* 28. §. *adeò D. eodem*, etenim dùm à fideicommissariu non petitur fideicommissum in bona fide gravatum esse præsumitur; quid enim si ille acceptare noluerit fideicommissum? quid si non petere aliqua ex causa? Et multò magis in bona fide hæredes ejusdem gravari erũt, qui bona subiecta in defuncti sui hæreditatem invenerãt; nam & credere possunt ex illius esse hæreditate, quæ ad ipsos pertinet, ut post *Baldum* in citata *Litem veniunt* adverrunt Nostri cũ *Uvermesero practicarum observationum obser.* 3. ad fructuum nanque acquisitionem, ut dicunt,

eunt, non requiritur particularis titulus, sed sufficit qualis qualis occasio possidėdi, id verò multò securius in hæredibus gravati admittemus ut diximus, quia hæredes prædicti non tenentur scire gravamen, quod impositum defuncto suo à prædecessore testarore fuerat, ut *Reg. de Marinis* notat *lib. 2. quotid. cap. 104. n. 7.*

7 Hæc antem tunc justum est locum habere, cum gravatus fideicommisso, aut restitutione locupletior effectus non appareat, & non apparere nisi evidenter oppositum probetur, credendum est: siquidèm & si *Francus* ubi supra inclinate videatur in eo, quod in dubio censendum sit hæredem effectum locupletiorem, explosa tamèn illius sententia fuit ab ijsdem Addentibus ad ipsum *Francum*, & à *Menochio de reemper. possess. remed. 15. Teodoro alleg. 75. n. 20. Sanf. dec. 124. Prato*, alijsq; à *Luca* allatis, & meritò explosa est; nam cū aliquem effectum esse locupletiorem quid facti sit, & facta non præsumantur, sed ab eo, qui allegat probanda sunt *Tuscus tomo 3. concl. 10. lit. F. Mantica de coniect. lib. 2. tit. 1. num. 4.* concludendum erit non posse præsumi gravatum, & multò minus illius hæredes ex perceptis fructibus factos locupletiores; nā & aliàs quem divitem effectum non præsumi dixit *Mascard. concl. 526.* & rectè in specie, de qua agimus adversus *Francum, Vrsillum*, & & similes qui præsumunt hæredem locupletiorem effectum disputavère *Fachineus contr. 2. cap. 46. & Menochius*, alijque superius adducti cum quibus *Gratianus discept. forens. c.*
8 101. qui non solū probandum locupletiorem hæredem effectum esse, sed & speciem locupletionis ostendendam asseruit, & ad id adduxit notata à *Pinello, Anna, Mascardo, & Visconte, ad Francum* ubi supra.

9 Quod si quis adhùc post tot Doctorum allegatorum authoritates, & argumenta, à *Franco*, se divelli non patiatur, is videat a'o effugere possit Imperatorum Rescripta, quæ in *l. prædiorum C. de prædijs minorum* in illis verbis *erogatum esse constiterit, & in l. 1. C. si adversus creditorem*, ibi, *nec doceri potuisse se ex contractu locupletiorem esse factum*, & quę ibidem *Dion. Goth.* adnotavit.

10 Denique, & illud quoque ad materiam nostræ legis singulare est, quod si hæres fructus percepisset ex testatoris voluntate, eos non restituet, nisi patrimonio in totum collapso, ut loquitur *Romanus singul. 265.* sed hęc satis nam cætera ad fructuum restitutionē pertinentia habes, & apud *Manticam de coniect. lib. 7. tit. 10.* & apud *Sanch. lib. 2. decalogi c. 23.* item apud *Rotam Romanam dec. 3. in Recentioribus n. 3. & Merl. dec. 663. n. 50.*



CAPVT II.

Retinetur recepta lectio in §. in his quoque ejusdem legis.

SVMMARIVM.

1 *Verba tex.*
2 *Fabri emendatio.*
3 *Reijcitur.*
4 *Firmatur recepta lectio.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Etiam in judicio hypothecario fructus debentur a die litis contestata.*
8 *Pragmatici nec quadrimestre tempus volunt esse immune à præstatione fructuum.*
9 *Concedunt tamen illud.*
10 *Sed convento in actione personali.*
11 *Capto pignore adhùc ante quam procedatur ad venditionem aliquantulū supersederi debet.*
12 *Quadrimestre tempus potest arbitrio judicis ampliari, vel coarctari.*

1 Sequitur apud *Papinianum: in his quoque Judicijs, quæ non sunt arbitraria nec bonæ fidei post litem contestatam actori causa præstanda est in eum diem, quo sententia dicatur, certè post rem judicatam tempus à fructibus dependendis immune est.* Sed non con-
2 tentus lectione recepta in his verbis adiungenda in fine negationem, legendumq; *Immune nec est; Faber* hic voluit nulla motus idonea coniectura; adversùs ipsam *Papiniani* sententiam, sicut & adversus omnium librorum lectionem, & quidem patet;
3 Primum quoniam cum in hoc Responso voluerit *Papin.* immune esse judicati tempus, & ad id adduxerit Rescriptum *Antonini*, advertens locum illud habere, si mora ante judicium à Reo contracta non fuerit, dum subicit postea quædam de actionibus stricti Juris id ipsum in illis asserere videtur, præcipuè dum diversitatis nulla ratio sit, nullumq; discrimen inter has, & bonæ fidei actiones in hac re de qua agimus; sanè & verba illa *in his quoq; judicijs*, ut ita interpretemur exposcunt, nam coniungunt iudicia stricta cum judicijs bonę fidei id quod, vel ex ipsius *Fabri* ore excidit sub *num. 2.* ibi *Idem juris Papinianum hac parte cōstituere voluisse in judicijs strictis, quod in actione ex testamento constituenda dixerat, idque apertissimè demonstrare seriem cōtextus in primis verbis.* Quod tamen si ita est: qua ratione deinde suadere possit in strictis judi-

cijs

cijs tempus immune nec ef enon video planè nullam habet nisi illam quod litis contestatione constituitur reus in mora: Sed ne hac uti possit, facit quod non fuit momenti hæc ratio apud *Papinianum*, nam si fuisset non distinxisset; quis enim non videt esse ineptum distinguere, & considerare, an mora contracta sit, nec ne ante Judicium cæptum; si dum certi simus in ipso judicio litis contestatione moram contractam, hoc quod contracta sit facere possit, ut tempus legitimum immune non sit futurum. Et rursus cum non minus in bonæ fidei judicijs, quàm in strictis litis contestatione reus in mora constituatur; nam & in mala fide constituitur *l.2.* cum concordantibus *C. de fruct. num, & litium expensis.* Nulla ratio esset, cur distinctio *Papiniani* in his admittenda in strictis verò rejicienda, dum contestatio in utrisque pariter operatur, & possessores omnes æquales facit.

4 Rursus patet secundum ex eo, quod dum constantissimè omnes Codices affirmativam continent lectionem, nullusque inventus adhùc fuerit qui negativam contineret, aut saltem variaret, ut in hujusmodi librariorum erratis evenire solet, non potest de errore suspicari, nec de emendatione tractari, tanto magis quod latinorum lioris etiam *Basilica Græcorum* concordant; quæ *lib.23.cap.1.tit.3.* §.1. ità hunc §. habent ex transl. Fabroti, qua utimur (*quamvis nec bonæ fidei, nec arbitraria actio sit, Actor in diem sententia causas accipit; nam ejus temporis quod post rem judicatam fluxit, fructus non præstantur*) & in his verbis disertè fatentur esse immune à præstatione tempus legitimum etiã in strictis judicijs id quod ad ea confirmat Græci Interpretis Scholion ibi (*in his quoque actionibus quæ non sunt arbitrariæ, nec bona fidei, idest etiam in strictis causæ a tempore litis contestat usque ad rem judicatam præstantur: id verò spatium quatuor mensium, scil. quod post condemnationem dilationis causa judicatis datur omninò immune est ab usuris dependendis, & fructibus.* quibus subjicit etiam Cirillus ibidem hæc, *& in strictis judicijs causæ a lite contestata usque ad rem judicatam veniunt non etiam quatuor mensium*. Atq; ita communitèr Græci immune tẽpus esse in hac nostra lege videruñt; eat nunc *Faber*, & librarios accuset, eat nunc, & negatione addita emendandam lectionem receptam contendat, quando id corrumpere potiùs esse, ratione & authoritate convincitur.

5 Verùm enim verò quanquam sumpta occasione ex hoc §. *ex his l. 3. D. usuris* non levis tam altercatio sit inter antiquos exorta, quam inter *Neotericos* circa usuras, & fructus tùm post litem contestatam, tùm etiam pro tempore quatrimestri, quod datur judicati faciundi causa præstandos, vel denegandos, ut videre est apud *Jasonem in l. cum fundum D. de rebus creditis, Romulum in tract. de mora effectu 2. par. 133. Borcholten de usuris cap.2. Costalium hic Forsterium de mora cap.3. num.49. & Jacobum Cujacium lib. 14. obser. 22.* & videri quoque in his, quæ adversùs citatos Doctores disputant (*Corasius 1. Miscell. cap. 7. & Hermannus Vulteius in Jurisprudentia Romana cap.44. num.71.* horumq;

6 sequaces; attamen quoad Pragmaticos attinet: hi pro explorato habentes, quod ex Juris Regula per litis contestationem etiam bonæ fidei possessores in mala fide constituuntur passim, ad fructus teneri possessores omnes, à die litis contestatæ contendunt cum *Puteo decis.383. lib.1. Benintend. decis.20.* & adeò mordicus, ut etiam instantia perempta effectus litis contestationis durare velint, & ab eo tempore; & si postea fiat nova instantia, & lis nova quæ, & secundò cõtestetur, fructus à possessore restituendos volunt cum *Capicio decis. 11.* nisi fortè prima lis coram incompetenti Judice contestata fuisset, quoniam tunc nec contestata dici potest, *Tesaurus decis.29. in fine*, aut nisi fuisset, supersessum in causa, quia dictum, quod supersedeatur. *Papon. lib.15. tit.4. Aresto 2.*

7 Quod si de Iudicio hypothecario, sive assistentia, ut Nostri dicunt tractatetur, adhùc fructus ut supra restituendos *Capicius* voluit, quamquam *Afflictus* distinguat, & benè *decis.188.* cujus dictis addenda pro pleniori materiæ cognitione, quæ de fructibus rei judicatæ, nec malè attulit *Boerius decis.45.*

8 Cæterùm ab hujusmodi fructuum præstatione neq; tempus legitimũ, & ad judicatum faciundum concessum immune esse volunt plerique ex *Pragmaticis*, qui & si Fabrianam hanc coniecturam, emendationemque non viderint, nec curent, id ipsum tamen quod *Faber* sentiunt, *Afflictum* tamen sequuti ubi suprà, & *Auctorem Millsloquij num. 713.*

9 Illud verò communitèr in foro receptum extat, ut quarrimestre tempus, de quo *in l.2. C. de usuris*, & quod olim bimestre erat *l. debitoribus D. de re judicata*, omninò condemnatis concedendum sit, etiam si per sententiam non Judicum ordinariorum, sed Arbitrorum condemnati fuerint *Glossa in l. si cum dies §. intra ver. modicum D. de recept. arbitris, Alex. in citata l. debitoribus, & Postius de subastationibus inspect. 12.* dandum tamen advertunt exacta cautione de solvendo judicatum *Bellonus de pot. corum; qua in cont. fiunt lib.1. c.106. num. 4. Jordanus de præscript. lib. 14. tit.24.*

10 *num.286.* Et dandum solummodò condemnatis in personali actione, nõ autem in reali, nam in hac cum res tradi statim possit, statim tradenda erit.

11 In-

11 Insuper adnotant Nostri quod capto pignore in causam Judicati debet supersederi in eo vendendo etiam per duos alios menses post quatrimestre, juxta dispositam in citata *l. debitoribus*. ut observavit post *Jasonem*, & alios *Neguzant. de pignoribus 6. membro par. num. 7. Mastrillus decis. 58. par. 4. num. 1. & Rota Romana*, cum qua *Postius inspect. 15. num. 1.*

Et deniq; omissis alijs quæ si quis volet invenire poterit apud Nostros, & præcipuè *Antonellum in tractatu de tempore legali lib. 3. de mensibus cap. 13.* illud notandum erit, quod hoc quatrimestre tempus, & si ab Imperatoribus, & J. Consultis apertis verbis in pluribus legibus concessum, & definitum adhùc ampliari, vel coarctari Judicis arbitrio potest; ut probare Practici nituntur ex *l. 2. D. de re judicata*, & ex *Glossa in cap. querenti vers. quatrimestre de off. Judicis deleg. cum Jordano lib. 14. tit. 25. de sententia num. 286.*



CAPUT III.

De fructibus, & usuris legatorum, & fideicommissorum.

SUMMARIUM.

1 *Perplexa quæstio, & indistinctè tractata.*
2 *Communior sententia.*
3 *Sunt qui reclament, & aliter dicant.*
4 *Sententia Nostra.*
5 *Distinguitur legatum vindicationis à legato damnationis.*
6 *Respondetur primæ obiectioni Fabrianæ.*
7 *Item secunda obiectioni.*
8 *De secundo distinctionis capite inter usuras pecuniæ legatæ, & fructus rei legatæ.*
9 *Defenditur Gothofredi Assertio.*
10 *Quid Veteres Repetentes.*
11 *Pragmatici a die petitionis fructus legati concedunt, & usuras.*
12 *At non sic in legato ad pias causas, sed in illo à die mortis.*
13 *Quod confirmatur addu&a Justiniani, nou adhùc citata Constitutione.*
14 *Limitant quoque si ex coniecturis, aut verbis constaret voluisse testatorem fructus dandos à die mortis.*
15 *Animadversio super hac sententia.*

1 HÆC Quæstio de legatorum fructibus, & usuris, itemque fideicommissorum, perplexa est, & confusè etiam ab Interpretibus tractata, qui omnes excepto uno, aut altero, nec legata à fideicommissis, nec usuras 2 à fructibus distinxère. Cæterùm diversarum, & inter se digladiantium sententiarum receptior illa est, quæ vult hujusmodi fructus à die moræ contractæ legatarijs, & fideicommissarijs præstandos ab hæredibus, præsefetens *Papiniani* distinctionem in citata *l. in fideicommisso 3. D. de usuris*, de qua supra, nam sententiam hanc quæ *Bartolum* potiùs quàm *Accursium* baber Authorem sequuntur ex *Neotericis* Meliores, & *Cujacius* in primis in *Paratl. Codicis tit. de usuris, & in tractatu 7. ad Africanum ad l. 37. D. de usur.* necnon *Duarenus, Donellus*, & alij, quos sequitur *Treutl. vol. 2. disput. 13. Thes. ult. lit. H.* Et quanquàm nonnulli credunt hanc moram ex litis contestatione (nam hac constitui in mora conventos omnes indubitatum est) existimandam esse ob Imperatorum Rescripta, quæ extant 3 sub tit. *C. de usuris, & fructibus rei leg.* Attamen sunt qui aliter ratiocinentur, cum mora aliqua judicium præcesserit, nam jura prædicta restringunt ad casum, in quo judicium captum nulla mora præcessisset, tunc enim moram faciet litis contestatio, aut interpellatio, & hoc est quod sentire *Bachovius in notis ad Treutl. loco supra cit.* & quod *Faber* etiam contendere in præsenti capite videntur.

4 Verùm enim verò mihi nèc placet indistinctè recepta sententia, nèc tamen huic contrariæ assentire possum dū à die mortis testatoris deberi fructus suadere conatur argumentis à *Bachovio* adductis, & proindè distinguendum. Primò cum eodem *Cujacio in tract. de prascript. cap. 18.* legatum vindicationis à dānationis legato. Secundò cum *Dion. Goth. in notis ad l. 3. C. de usuris* distinguendum usuras pecuniæ legatæ, à fructibus rei legatæ. Tertiò denique aliud in fructibus legatorum, aliud in fructibus fideicommissorum, dicendum vellem; & vellem ex unica quidem, & eadem ratione perspicua tamen, & aperta;

5 Nàm quoad primū distinctionis membrū si de legato vindicationis tractemus, cum certum sit illud ex die mortis testatoris in dominium legatarij transire vulgata *l. a Titio D. de furtis*, & similibus; sequitur necessariò forè à nobis dicēdum quod rei legatæ per vindicationem fructus à tēpore mortis legatario veluti Domino debentur; At nō sic in legato dānationis erit, cum enim illud hæredis factum exigat eodem jure censeri non potest; Sed in eo observandum erit à quo tempore hæres dare debuit; atque ex ea die ob moram fructus præstandos asserere.

6 Neque obstat primò, quòd *Faber* adversùs hoc primū membrum opponit *n. 8.* quod distinctio ista legatorum nullo Juris loco proponatur in hujusmodi de fructibus tractatu;

nàm

oàm vltrà quod id non facilè cooeedam, & saltem si non apertis verbis propositam; tamen contendã, & si non à *Triboniano* Cui hujusmodi legatorum differentiæ nõ placitę saltem à Juris Cõsultis ex quorum responsis omninò, & penitus tolli non potuère. Respondeo tamen obiectioni quod sufficit, ut cuique bono Interpreti sufficere debet quod ratio distinctionis proposita sit, & aperta in juris nostri libris, & quod illa ex eis per necessariàm consequentiam deducatur, quod forsan eum satis visum J.Cõsultis, foret de re tam certa pluribus tractare noluerunt.

7 Non obstat secundò, quod sub *nu*.4. movet idem *Faber*, dum concedendo legati per vindicationem dominium transire in legatarium scribit, aliam esse rei legatæ rationem, aliã fructuum ex re legata perceptorum; siquidem res, quæ legata est ex testamenti verbis, ex testatoris judicio legatario debetur: fructus verò sicut legati non sunt, ità neque ex testamento deberi possunt.

Nàm insulsæ huic obiectioni facilè quisq; poterit occurrere animadvertendo, quod fructus rei per vindicationem legatæ nõ opus est, ut ex testamenti verbis, aut ex particulari quodam Jure legatario sint debiti, sed sufficit deberi ex generali Regula, quod ea quæ ex re nostra nascuntur nostra sunt nobisque debita; ex hac enim si concedis rem legatam in dominio legatarij à die mortis transire fiet ut nullo modo defendere possis (nisi prorsùs ineptire velis) fructus ex ea perventos ad aliũ quàm ad dominum ipsius rei spectare; an dices, quod ridiculum esset, dominium quidem legatarij esse fructus hæredis? aut hæredem ex re quam esse alienam scit, & non in dominio suo fructus percipere suosque facere? contra definitionem *l. quæsitum* 40. *D. de acquirendo rerum dominio*, vindicare igitur & hos fructus cum re legatarium dicemus non ex verbis testatoris sed ex eo, quod hi sunt ex re sua perventi, & hinc *Africanus in d.l.quæsitum* 40. *D.de acquirendo rerum dominio*, nequaquam adversus nos facit, sed pro nobis Respondet, dum & fructus esse legatarij, & hæredem qui scit rem alienam esse, suos illos non facere docet.

8 Ulterius, secundum distinctionis membrũ quod fecimus inter usuras pecuniæ legatæ, & fructus rei legatæ, perspicua etiam ratione subnixum videbimus, observando non ità pecuniæ dominium (nisi proponas particularē summam ex.gr. eam quàm *Sejus* sub usuris debet, legatam esse) transire in domioium legatarij posse; & sanè vel ex eo quod cum quãtitas pecunię legabatur (nisi quædam corpora in specie, & ut species non ut quantitas legentur) damnationis potiùs jure quàm vindicationis legari oportebat, patet quod ex eadem ratione qua legatum vindicationi à dãnationis legato diversificabatur, oportebat inter legatum quantitatis pecuniæ, & legatum speciei differentiam statuere.

9 Unde constat, malè *Fabrum* sub *num*. 3. *Gothofredum* (cujus nomen supprimit) reprehendere, quod hujusmodi distinctionem attulerit, etenim hæc distinctio, ut diximus, apertissima suadetur ratione, quam non infringit, quod *Vlpian.* scribit in allata *l.usura* 34. *D.de usuris*; siquidèm quia tùnc vsuræ fructuum vices obtinebunt, cum eadem ratio est utriusque, dum non semper eadem ratio esse potest, ideo quandoque separari usuras à fructibus opus erit, ut separantur in *l.vsura* 121. *D.de verbor.signific.* & in alijs Juris nostri locis; jure itaq; in proposito de quantitate pecuniæ legatæ, distinguemus ioter usuras & fructus, & cum usuræ ab hęrede præstandæ sint, fructus à re ipsa perveniant, dicemus usuras non prius præstandas quam incipiant currere: scilicet non prius quam constet legatum præstare hæredem debere, atqoe ita non prius quam hæres in mora fuerit præstandi; id vero non esse in fructibos quia ex Re proveniunt, quæ recta via transivit in legatarij dominium eique fructificavit.

10 Porrò ex his, quæ *Faber* movet hic *num*. 3. & subtilitèr dici posse scribit circà rei legatæ dominium in legatarium à testatoris morte recta via translatum; sunt ex *Repetentibus*, & ex *Pragmat.* qui contendunt fructus rei legatæ non tantum à die litis cootestatæ, ut communis fert sententia, sed à morte testatoris, ideòque etiam à tempore decurso antè aditã hæreditatē legatario deberi post *Gl.in l.quod servus D.de leg.2.& Ferdinandum Vasquium de success.lib.3.tit.de legatis* §.23.*n*.22. quamquam noo dissimulent esse plerosque qui in contrarium sentiant post *Alexandrum, Soccinum, Corneum, & similes*, sicut, & oon desũt, qui aliter, atque alitèr distinguant, vel cum *Corasio Miscellan.2.cap.7.* vel cum *Gomez.variarum cap.12.nu.5.* vel denique cum *Riccio collect.*3786.*p*.8. à quo plura peti ad praxim poteruot.

11 Practici tamèn, & qoi in foro versaotur habent communiter pro explorato, quod fructus, sicut & usuræ; (oàm vix est inter eos in hac materia qui distinguat) rei legatę oon debentur legatario, nisi à petitionis die *ex l. Lucius Titius* §.*hæredem D. ad Trebell.* post *Rovit.dec.*90.*n*.5 *Surdum dec.*52. *num*.7. Sed
12 hanc Regulam favore personæ, ut puta, minoris, vel favore causæ, ut puta Ecclesiæ multiplicitèr limitant, ut observari poterit apud *Altomare* in observatione ad eamdem *Roviti* decisionem, & apud *Riccium collect* 589. *p*.3.

13 At illud mirum est, quod cum hanc legati facti ad pias causas limitationem addu-

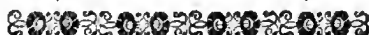
cant *Pragmatici* ferè omnes, & deberi volunt legati pij fructus, usurasque à die mortis, nõ expectata interpellatione, ut videre est penes *Tiraquellum*, & alios, ex quibus noster *Faber in C.sub tit. de usuris, & fructibus defin.* 3. penes *Francum, Torum*, & similes, & deniq; penes *Consiliar. Rocchum Responso* 65.*n*.8.*Consiliar. Staibanum, Novarium, Martam, et Marantam* adductos ab *Altomaro* ad citatam *Roviti dec*.90. Nemo tamen eorum vidit nam non adduxit, *Justiniani* super hac re apertam Constitutionem in *l. Sancimus si quis moriens* 46.§.*supra autem omne tẽpus C.de Episc.& Clericis*; in qua hoc ipsum de exsolvendis usuris, præstandisque fructibus piorum legatorũ à die mortis testatoris apertis verbis Sancitũ est, cum tamen obvia Constitutio; & multo magis mirum, quod eamdem aufugit *Faber*, qui de illa non meminit ut debuerat hic, & aufugit oculatissimus *Dion. Goth.in notis ad l.3.C.de usuris rei judicatæ*, quamvis viderint eiusdem *Justinian. Novellam* 131. de Ecclesiasticis titulis in cujus *cap*.12. id ipsũ quod in *l.sancimus si quis* statuitur.

14 Quod si ex testatoris verbis desumeretur voluisse eum fructus, usurasque legati præstandos legatario à die suæ mortis, nemo dubitat quin ex tunc debeantur, & si legatum piæ causæ non fuerit, ut *Consil.Rocchus* asseverat loco citato; desumi autem id ait cum testator jusserit legatum esse statim præstandũ legatario quod idem *Rocchus ex Gratiani, Surdi, & Jasonis* dictis probare nititur, sicut etiam desumi posse ex facti conjecturis docet ut in specie de qua tractabat evenisse apparet ex traditis ab eo *n*.5.

15 Verum enimverò circa prædicta vellem ego nonnulla consideranda; & primò, quod quamvis indubitatum sit, quod possit testator jubere, ut fructus, usurasque à die mortis suæ legatario præstentur: attamen apertis verbis id facere debet, ut fecisse constat testator ille de quo in casu tractato à *Regente de Marinis quotid.2.cap.*121.*à n*.6. Cæterum si expressis verbis non fecerit, obstabunt Juris principia, quæ interpellationem requirunt; & quibus se conformasse testatorem credendum erit, nec quod jusserit legata statim solvenda indicat voluisse usuras, aut fructus præstandos, cum potuit id dixisse secundum cõmunem loquendi usum, & statim solvenda voluisse postquam legatarij petierint hæredemque interpellaverint.

Secundò considerandum erit, quod si conjecturis in hac materia locum dabimus oportebit, juris Regulas subvertere, & indistinctè, semper usuras, fructusque legatorum à die mortis deberi pronunciare; proclives nanquè nostri *Pragmatici* sunt in conjecturis admittendis, subtiles in eruendis, vel ex minima Suspicione; Nec factum aut verbum est ex quo aliquid suspicari, vel conjectari non possit; ergo, vel omninò Regulæ standum erit cõjecturasque omnes excludendas, vel si conjecturis standum, saltem ne Regulam destruamus admittendas earum dumtaxat illas quas vehementes, & concludentes esse constiterit, ut effugi nullo modo queant; & in hoc casu non tàm de usuris ex legato præstandis, quàm de usuris ipsis, fructibusque legatis tractaretur ad quod videndi tex. in *l. fideicommissa in principio in l.balista in fine D. ad Trebell.& in l.si ita relictum* §. *Pegasus D. de leg*.2. cum concordantibus.

Denique si jàm legatum ab hærede præstitum, scilicet species, aut quantitas soluta fuerit, eamque simpliciter legatarius receperit, an adhùc fructuum, & usurarum medij tẽporis, & moræ ei petitio remaneat, tractat *Cappella Tolosana quæst*. 50. alijque passim obvij.



CAPVT IV.

Explicatur tex. in l.Herennius Modestin. 42. D. de usuris.

SVMMARIVM.

1 *De tertio distinct. Capite inter legatum, & fideicommissum.*
2 *Non obstat l. Herennius.*
3 *Sententia Fabri.*
4 *Quædam in Fabriana conjectura notantur.*
5 *Quid Pragmatici.*
6 *Sententia lata exequitur adversus hæredes.*

1 Distinguebamus tertiò in antecedenti capite fructus fideicommissi à fructibus legati, quoniàm cum fideicommissum ex manu hæredis, aut gravati perpetuò accipiendũ sit; Sequitur necessariò ut fructus ipsius nonnisi à die moræ debeantur ideoque *Papinianus*, qui in *l.*3.*D.de usuris moram considerandam proposuit de fideicommiss.* non de legato tractavit.

2 Huic tertio distinctionis membro non obstat quod in *l.Herennius* 42. *D. de usuris* scriptum est; siquidem ibi de fructibus à terra perceptis post acquisitum ex causa fideicommissi dominium, tractari constat ex apertissimis *Modestini* verbis, & acquisito dominio quis dubitat fructus spectare ad dominũ tanquã proprios ut in legato vindicationis jã diximus. Præterea, vel ex eo quod post acquisitum dominium pertinere fructus ad fidei-

com-

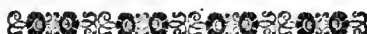
commissarium *Herennius* dixit rectè *Dion. Gothofr. edus* adnotavit non deberi fructus à die mortis.

3 Ex his autem mirum nobis visum quod *Faber*, qui statim in principio hujus Capitis observaram differentiam inter legatum, & fideicommissum inculcat nedùm proponit, voluerit, tùm in legato, tùm in fideicommisso moram spectandam esse, cum sanè, vel ex his, quæ hic scribit appareat legatorum fructus statim à die mortis deberi, fideicommissorum non item, sed à die moræ, & appareat quoque quod suo semet gladio jugulat *Faber*, & quæ superiùs in contrarium dixerat tandem ratiocinando subvertit: Certè, adeò potens veritas est, ut vel ab invitis excidat, & in medium se prodat.

4 Cæterùm sunt, & in hoc capite quædam reprehendenda, quorum, Primum animadversum ab *Osualdo* fuit in *Donello comment. 15. cap. 46. lit. L.* Secundum vero est quod supra attigimus, dum Africani Responsum in *l. 40. D. de acquirendo dominio* pro nostra sententia facere demonstravimus illud etenim dùm apertè probat rei legatæ fructus pertinere ad legatarium non ad hæredem ex ea ratione, quod res legatarij est, idque hæres scit, non potest *Faber* hic *sub num. 11.* affugere dicendo tunc ita verù, cum legatarius legatū agnoverit, & petierit; nam ex tunc scit hæres rem legatarij esse, quoniam constat ex Responso ipso, quod *Africanus* hæredis scientiam in causa non petitionem legatarij nec hæres fructus lucretur esse voluit; nam cum diversum sit scire hæredem legatam alteri rē esse, & scire legatarium illam petere, dum nemo dixerit non prius hæredem scire rem legatam quam legatarius eam petierit, ita & nemo dicere poterit fructus interim quia in bona fide, & ignorans hæres est suos facere; & sanè cum legatarius demū petit, non tunc dat notitiam hæredi de his quæ in testamento sunt, & de legato facto, sed sua acceptationem notam facit quod & hæres usq; tunc an legatarius acceptaturus sit nec nè ignoraverit, cū nō potest juvare eū ad fructus rei legatę suos faciendos quoniam non ignorantem fecit rem fuisse legatam, & acceptatio cum demum sequitur retrotrahitur ad principium, facitque ut à principio acceptatum legatum fuerit.

5 *Pragmatici* tamèn, vel quia ignorant, vel quia post *Justiniani Constitutionem* de exequatione legatorum parvifaciendum credunt discrimen omne intèr legatum, & fideicommissum, nil de hac re habent, & vix eorū unum invenies, qui admittat ideo fructus fideicommissi, aut usuras non esse præstandas, nisi à die moræ, quoniam fideicommissa à manu hæredis accipienda sunt, nèc ut legata rectà via transeunt in legatarios, vix sanè; nam quinimmò fideicommissa quoq; transire rectà via pletique volunt; ideoque naturales fructus, & industriales fideicommissario deberi clamant cum *Andreolo contr. 220.* quāvis, ut verum fatear, non desint qui melius aliquantò sentientes in hac materia distinguendum velint cum *Mantica de coniect. ult. vol. lib. 7. tit. 10. à n. 6.*

6 Sed occasione dictorum adnotādum erit, quod si quis mala fide hæreditatem occupasset, eaque posteà ab ipso vindicaretur, quamvis sententia adversus ipsum lata eo defuncto, contra hæredes exequutioni mandetur, adhùc hæredes fructus restituent, nec ignorantiæ causam prætexere poterunt *Afflictus dec. 240.* sed vide *l. 1. & 2. C. de petit. hæredit. Bart. cons. 92. vol. 2.*



CAPUT V.

Retinetur recepta lectio in l. sane 11. D. de jure dotium.

SUMMARIUM.

1 *In electione mariti est in dote æstimata res, aut pretium restituere.*
2 *Potest, & res etiam deteriores reddere.*
3 *Fabri explosa emendatio.*
4 *Respond. l. 1. D. de æstimatoria actione.*
5 *Pragmatici rem non restituere eum dicunt qui restituit deteriorem.*
6 *Potest tamen reddere refecto damno.*
7 *Æstimatio ad duplicem finem fieri solet, & distinctio inter utrumque casum.*
8 *Mulieri læsa in æstimatione succurritur.*
9 *Augumentum rerum æstimatarum pertinet ad maritum.*
10 *Conventio de æstimatione si mulieri expediat habetur pro æstimatione.*
11 *In qua moneta ea mutata maritus solvere teneatur.*

1 Si res ipsas, quæ æstimatæ in dotem datæ fuerint promiserit restituere maritus, aut earum æstimationem, sivè adiecerit, utrum volet, sivè non, ipsius arbitrio erit, quid velit restituere nàm, & generalitèr dicimus debitorum electionem esse: ità *Vlpian. in l. 10. §. fin. D. de jure dotium.* Cæterùm sicuti si res
2 non extet omninò æstimatio præstanda est, ità & si extet, reddere eam maritus poterit, & si deterior effecta, ut *Paulus* subijcit in *l. sanè 11. D. eod. tit.* de cujus lectione nemo unquam
3 dubitavit, nisi solus *Faber* in hoc capite, qui

particulam negativam addit adversus omnium Codicum fidem, itemque Græcorum libros, in quibus cum *lib.* 29. *tit.* 1. *cap.*7. scriptum extet (*Paulus potest etiam, & rem deteriorem factam reddere*) temeraria *Fabri* suspicio adversus *Florent.* librarium dignoscitur.

4 Verùm cum temerè *Faber* negationem addit,& cum gratis addat, gratis reijcienda est, nec id temerè fiet, quando pro recepta lectione, & præsumptio est, & ratio est illa nempe quod mariti electio sit, neque hanc electionem aufert idem *Vulpianus in l.*1. §. *primo D. de æstimat. actione*, ut perperam causatur sub *num.*2. *Faber*, tùm quia ille in æstimatoriæ actionis terminis, qui diversi sunt,loquitur, tum etiam quia de eo agit, qui rem ipsam deteriorem effectam reddere, & solvere illud, in quo diminuta res nolebat, hinc definit, aut rem incorruptam eum reddere debere, aut æstimationem, de qua convenit, hæc autem æstimatio cum, vel totius rei esse possit, vel diminutionis, ut statim quisque dignoscit, facit ut in ea præstanda arbitrium integrum habeat maritus; dum vel retenta Re valorem solvet, vel ea restituta solvet quod deest, quod si hoc recusat jam non arbitrium sibi à lege concessum vindicat, sed contra legis æquitatem locupletari vult cum aliena jactura.

5 Sed duo his remanent adijcienda, quæ ex hac *l. sanè* 11. desumuntur quorum primum est, quod obligatus ad restitutionem rei non liberatur, si rem deteriorem effectam restituat, ut firmatur ex *l.* 3. *D. commodati*, & ex traditis à *Mozzio in tractatu de contractibus tit.de commodato.* Et ampliatur, & si deterior in obolo uno facta fuisset à *Panormitano in cap. accedens ex adversa, ut lite non contestata.*

6 Secundum adijciẽdum est, quod si in arbitrium debitoris fuerit rem ipsam, aut conventam æstimationem reddere, & præstare, poterit ipse debitor pro libito rem deteriorẽ facere, aut de ea disponere, ut in hac nostra *l. sanè* in dote data æstimata responsum est, & explicatur à *Ferronio ad consuet. Burdigalenses lib.* 1.*tit.*4.*art.*8. & luculenter ex Nostris à *Rodoerio in additione adCaput* 91.*lib.*1.*resolut. Reg.de Marinis.*

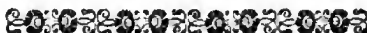
7 Cæterùm quę circa dispositionem hujus legis congerit hic *Faber*, vulgatissima sunt, & in primis illud, quod restitutio in arbitrio mulieris sit, ut ipse credit, sivè potius mariti veluti debitoris (ut nos contradiximus) utrũque enim apud *Pragmaticos* invenies scriptũ, ut videre est apud *Boerium dec.* 327. *num.*10. *Josephum Ludovicum dec.Perusina* 8.*p.* 2. *Rodoerium ubi supra n.*9. quanquam frequentius in foro recepta fuerat *Afflicti doctrina dec.*270. distinguentis, an æstimatio ad eum finem sit facta, ut maritus pretium conventũ si volet, solvat cum de restitutione agitur, an verò eo fine tantum facta, ut rerum valor sciatur, quod fieri solirum *Rodoer.* sæpius citatus testatur, & primo casu mariti, secundo uxoris arbitrium esse dicentis.

8 Quod si cum æstimatio rerum dotalium fieret, mulier læsa apparuerit succurrendum ei esse constat, apud Nostros ex *Baldo Novello de dote privil.*309.*p.*3. *alijsque.*

9 Porrò cum æstimatio rerum in dotem datarum, ex Juris Regulis venditionem importet, maritumque loco emptoris constituat, consequens est, ut augmentum earundem non ad uxorem, quæ æstimatione facta, vendidit, sed ad maritum, qui emit pertineat, ut concludunt *Cavalcanus dec.*8.*p.*3. Itemque *Paris.conf.*81.*vol.*2.*n.*41. *Pelliccionus* alijque adducti *in additione ad cit. Afflicti dec.à Riccio*, qui ibidem, & illud observatione dignũ

10 affert, quod si æstimatio, sive appretium conventum quidem fuerit, sed non adhùc sequutum etiam talem vim habet, ut maritum loco emptoris, ac si factum fuisset, constituat, dummodò tamèn favor mulieris, in cujus beneficium hoc inductũ est, ità exposcat, quod & *Vrsillus ex Soccino* admiserat *n.*4.

Denique ab eodem *Afflicto dec.*294. & *Vrsillo* ibidem habebis distinctionem qua utaris cum æstimatio dotis facta fuerit, & deindè mutata moneta maritus ad exsolvendũ pretium conventum adigatur in moneta nova, quæ tempore restitutionis vigeat.



CAPVT VI.

Defenditur lectio recepta in l.quod etiam 7.D. de don.inter virum, & uxorem duobus in locis.

SVMMARIVM.

1 *Explicatio hujus legis neq; à Fabro neque ab Interpretibus adhùc rectè tradita.*
2 *Confirmatur ex §.si maritus.*
3 *Retinetur recepta lectio in §.si maritus rejecta Fabri emendatione.*
4 *Inepta ostenditur Fabriana emendatio.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Regula quod donatio inter cõjuges non valeat, limitatur.*
7 *In donatione facta ob merita conjugis, merita sunt probanda.*
8 *An donatio facta ut domus construatur valeat.*

9 Quo-

9 *Quomodo & à qua die probetur quis locupletior effectus.*

10 *Prohibitum marito donare nedum pecuniam, sed bona.*

1 SI *Faber* percepisset quænam fuerat *Vlpiani* mens in *l. quod autem 7. §. plerumque 4. D. de donat. inter virum*, nunquam scripsisset veluti inepti Interpretis dispungenda esse postrema verba (*non etiam usura pretij*) itaq; ut Nos eâdem assequamur oportebit advertere, quod proponebatur apud J. Consultum in postrema §. parte uxorem cui vir pecuniam donaverat prædia quædam ex illa emisse, at cum prædia eadē deinde magni pretij invēta forēt, idest cum ex illis majus pretiū pvenisset in vēditione quo antea in emptione impensū fuerat; in dubium venisse, quod nam esset illud quod mulier restituere deberet, pretium scil. quo emit, aut quo vendit; & summam numeratam tantum non etiam quod plus ex prædijs redactum esse restituendam concludit *Vlpianus*; verum, quia rursùs dubitari poterat, an usura pecuniæ, idest commodum illud, quod ex usu pecuniæ percepit uxor (ex usu enim illius id, quod pluris prædia vendidit consequuta fuit) an inquam hæc usura, idest hic usus pecuniæ redimenda sit, eo scil. modo, quo redimi potest, *Vlpianus* ut huic etiam dubitationi occurreret, subiunxit *non etiam usura pretij* denegando ita quiequam mulierem debere ex eo quod pecunia usa sit licet ex hoc utilitatem perceperit.

Constat itaque ex supradicta explicatione, Interpretum tum *Fabri* errorem in eo fuisse, quod verbum illud *usura* pro fænore, ut revera frequentiùs in iure nostro accipi solet exposuerint; cum tamen in hac lege pro usu, aut commoditate esset positum (ut subiecta materia, & contextus exposcunt) neque insolens hæc significatio latinis Authoribus erat, nàm usura vitæ aliorumque rerum, & in hoc sensu pecuniæ usuram legimus apud *Ciceronem*, cæterosque bonos magistros, ut *Suspicionum libris* diximus, neq; hic repetere oportet.

2 Porrò quod ex eventu mulier lucrata sit pecunia viri, cur non impunè ei esse debuit si quod per electionem lucrata sit ei impunè est, nec ideò ad finem restituendi locupletior videtur facta ut in specie hujus *l. 7. §. si maritus D. de don. inter Virum, & Vx.* Evenisse Respondet *Vlpianus*, dum mulier ex pecunia sibi à viro in unguenta dunata se à Creditore suo liberavit, & tantundem postea in unguēta, sive in rem mortuam expendit, quo in loco elegantissimè *Cujacius obser. 9. cap. 30.* advertit rem mortuam vocari à J. Conf. unguenta; nam & Plinius *lib. 13. cap. 3.* ponderat, *Margarita gemmaque adhæredem transeunt, vestes prorogant tempus, unguenta illicò expirant, & suis moriuntur horis.*

Sed cum de hac *Pliniana* sententia differerem, quod libentissimè facio, cum *D. Iosepho Domenichi* Nostro; Viro in Carminibus pangendis Latina, & Itala lingua Clarissimo, ac in omnigena eruditione exculto, is, ut est memoria tenacissimus, statim in promptu attulit *Seneca* locum alterum ex *Metrodoro in epist. 98. mortale est omne, mortalium bonum* eoque dixit posse concludi adversùs J. Consultos non sola unguenta inter res mortuas, sed omnia adnumeranda.

Ulterius vexat in hoc eodē capite *Faber*, & in hac eadem lege §. si maritus, verba illa (*nec aliud in commodato, æstimato, dato observari solet*) nam vult legendū *num. 6. Nec aliud in homine dato*. Sed quam injustè vexet, & receptam lectionem mutandam quam temerè velit, sic demonstrabo.

3 Certum est primò cōmodatum quoque dari posse æstimatum ut *Vlp.* docet *in l. si ut certò 5. §. si fortè D. commodati*; Secundò certum est æstimationem hanc duo operari. Unum quod periculum ad commodatarium spectet, & hoc respicit favorem ipsius commodantis. Alterum ut in commodatarij arbitrio sit rem tradere, aut æstimationem exsolvere, & hoc ad ipsius commodatarij favorem facit. Ex his autem fit, ut cum in plerisque juris nostri locis dicatur eum qui rem accepit æstimatam loco emptoris esse; (nàm admodum ei propè est *l. 1. §. fin. D. de æstimat. act.*) quod is qui ita rem & si commodato acceperit, electionem postea habebit, an velit omninò emptorem esse, pretium solvendo, an commodatarius restituendo rem ipsam commodatam, & ex solvendo id in quo forsan deterior foret effecta. Unde & si in hoc contractu aliquid venditioni simile sit, quia tamen in arbitrium commodatarij est, & rem restituere commodati contractus est. His positis: finge maritum commodasse Margaritam uxori, eamque æstimatam in centum, si uxor velit tandem pretium non margaritam reddere; & maritus opponat se donationis causâ ita æstimatam commodasse margaritam, nam illa valoris bis centum erat: hæc quæstio affinis Superioribus erit de æstimatione rerum dotalium donationis causâ facta, ideoque rectè ab *Vlpiano* illis subiecta est, & rectissimè idem observandum esse in ea, quod in prioribus ex Imperatorum Rescriptis respondet.

4 Cæterùm inepta prorsùs *Fabri* lectio fuisset. Nam cur de servo æstimato dato peculiaritèr meminisset Juris Consultus, quid enim speciale in homine dato erat? an non Juris Ratio, & Imperatorum Rescripta generalitèr loquentia hominem quoque servum æstimatum datum compræhendere poterant? de reliquo si ex eo quod hominis quandiù vivit æstimatio multo sit incertior, quàm fundi, ex

eo

eo quod longè citiùs perire possit, itemque melior, aut deterior fieri, quam fundus, majori quam in fundo oriri dubitatio, & J.Consulto dignior potuisset, ut *Faber* argutatur *nu. 6.* dicam ego ex hac ratione multo melius de jumento æstimato dato debuisse tractare Juris Consultum; Nam longè citiùs homine jumentum moritur, & multò facilius pretio quoad vivit minui potest, & augeri si pretiosior casu, aut arte fiat.

5 At dum nos eum *Fabro* digladiamur, Repetentes difficultatem nullam in expositione *§. idemque ait l. quod autem 7. D. de donat. inter virum, & uxorem* sentijsse ex eorum commentarijs constat, in quibus vix vestigium dubij circà usuras præstandas in proposita specie.

6 Verum cum apud omnes constet donationem inter coniuges non valere; hoc ipsum nituntur illi, ut solent in pluribus casibus limitate, quos collegit *Lupus* in Repetitione *Rubrica de donat. inter virum, & uxorem*, nec *Pragmatici* abnuunt, qui passim jactant, non obstante citata Regula invaliditatis donationis inter coniuges consistere donationem, si à viro sene, aut ignobili fiat mulieri juveni, aut nobili; nam has justas esse causas donandi volunt cum *Afflicto decis. 61. Gaillo obser. 40. lib. 2. Gaball. melliloquio 470. Molfesio ad consuet. Neap. par. 3. quæst 21. num. 11.* Vel si quid annuū ab altero coniuge alteri donaretur pro alimentis *F. Marcus quæst. 330. n. 3.* aut donaretur ob merita, *Clarus in §. don. qu. 9.*

7 modo merita ipsa nedum exprimantur, & describantur *Menochius cons. 112.* aut cum juramento asserantur. *Guidon Papa singul. 377. & 395. Hipol. singul. 610.* Sed probentur, ut exquirit *Papon. lib. 11. tit. 1. Arresto 14. Natta cons. 395. num. 3.* & ut in terminis Neapolitanæ Consuetudinis adoptatum est à Nostris cum de donatione facta ob merita agitur, sed ad hanc materiam expendenda erunt quæ congessit *Cutellus de donat. particula 13. in discursu 2. & in discursu 3. par. 3.*

8 Propius tamen ad rem nostram quæri solet, an donatio in pecunia facta valeat, si ea lege donata pecunia fuerit, ut fundus ex ea comparetur, domus reparetur, aut construatur, & Responsio ex nostro §. patet, & his, quæ diximus, quanquàm & quædam alia habeat *Mezzius citato tractatu de contractibus tit. de donat. rubr. de personis num. 31. & Duenas in tract. Regularum verbo donatio inter virum.*

9 Rursùs, quod in principio hujus *l.* moneat J.Cons. locupletem quem factum esse existimandum, habito respectu ad litis contestatæ tempus communi consensu receptum est, ut post *Bart. Bald.* & similes scribit *Tiraq. in l. si unquam vers. liberis num. 112. C. de revoc. don.* Præterea quomodo id possit præsumi si modò ea, quæ facti sunt præsumi possint, ut aliàs diximus, docent *Menochius præsump. t. quæst. 24. num. 46. & Benincasa in tract. de paupertatis privil. q. 1. num. 32.*

10 Denique quod dictum est de prohibita donatione locum habet nō solū si maritus donasset pecuniam uxori ad prædia comparanda; sed si ea prędia maritus emisset, & donandi animo falsus foret se illa ex uxoris pecunia comparasse: unde ad excludendam donationis præsumptionem oporteret probari revera pecuniam uxori aliundè pervenisse. *Capicius decis. 203. num. 18.* Cujus dicta si vera sunt, videat qui volet, an posteà verum quod asserunt quidam cum *Oxasche decis. 132. num. 14.* donationem inter personas prohibitas non præsumi, & maritum ementem de pecunia uxori donata illi acquirere.



CAPVT VII.

Exponitur tex. in l. recusare 6. §. 2. D. ad Trebell.

SVMMARIVM.

1 *Fabri expositio, & distinctio.*
2 *Qua Accursij fuerat.*
3 *Reijcitur.*
4 *Reijciuntur conciliationes excogitata ab antiquis, & à Neotericis ut Vlpianum, Paulum, & Julianum in proposita quæstione concilient.*
5 *Qua potest recipi conciliatio.*
6 *Repetentes, & filium cogi posse ad adeundum sentiunt.*
7 *Pragmatici in Judicis arbitrio ponunt, vel cogere hæredem ad adeundum, & posteà restituendum, vel rectà via fideicommissarium admittere.*
8 *Quod tamen posteà aliud asserendo, in dubium revocant.*
9 *Reverà durum est cogere ad adeundum.*
10 *Fideicommissum petens debet offerre gravatæ deductiones.*
11 *Inventarij beneficium, factum odiosum.*
12 *An hæres cum inventario valeat bona offerre creditoribus.*
13 *An Creditor recipiens bona in solutum lucretur sextam, ut hi qui subasta emunt, quidam negant.*
14 *At nos affirmativè respondemus.*

1 SCribit in præsenti Capite *Faber* differentiam esse inter filios familias institutos, ju-

jussosque restituere, & servos; nam filij familias ex S.C. *Trebell.* adire, sive se immiscere non cogentur; sed actiones transibont absq; eorum immixtione in fideicommissarium. *l. ita tamen 27. §. si Pater D. ad Trebell.* Servi autem, quia hæredes necessarij, se immiscere, & adire cogendi sunt: & deindè restituere: & hoc esse ait quod *Vlpianus* Respondet in *l. recusare 6. §. 2. D. ad Trebell.*

2 Verùm hæc distinctio, cujus ipse non inventor (quanquam more suo se illius inventorem faciat) sed assertor potiùs est; Nam ea primus docuerat *Accursius*, qui ideo tentavit § hunc à verbis illis (*hoc Senatus Consultū*) incipere (quod hic facit *Faber*) antecedentibus verbis in fine præcedentis §. relegatis, (*& dic necessarijs scil. servis à dominis institutis, & restituere rogatis, &c.*) hæc inquam distinctio, & differentia, nec bona est, nec vera, ut ex sequentibus patebit; nam interim monemus pessimè se *Fabrum* gerere. Primò, dum receptam lectionem mutat, quæ sana & una est in libris omnibus tum vulgatis, & manuscriptis, tum Florentinis in quibus omnibus, incipit §. ab illis verbis, *Sed & ad filium*, & nō ab illis *hoc Senatus Consultum, & ad intestatos successores* non autē *ad intestatorum successores* est scriptū, eo loquendi modo quo in antecedentibus usus est idem *Vlpianus*, ibi, *tractatum est apud Julianum*, an in intestatis *locū habeat.* Secundò dum sic mutat, ot adhùc mutata lectione (quod prolibito, & temètè faciendum non erat) id ipsum *Vlpianus* dicet, nam cum in antecedenti §. de cogendo hærede ex Sen. Cons. tractetur, dicaturque in eo *Sen. Cons. locum habere etiam in filiò*; nemo tam stupidus erit, ut non intelligat etiam filium cogi posse; & rursùs dum in §. de quo agimus adest generalis illa loquendi formula, *& in cæteris necessarijs* sub verbo (cæteris) tum filij, tum servi compræhenduntur, ut *Osualdus* vidit in notatis ad *Donellum lib. 6. cap. 22. lit. A.* Sed ad distinctionem deveniamus; hęc & si post alios affirmet *Faber* tum in textu de quo agimus asseri, tum alijs juris nostri in locis, mihi tamen videtur rejecta apertis verbis à *Paulo in l. si filius familias 5. §. ult. D. quod cum eo*, ibi: *Sed si coactus immiscuerit se, ut restituat hæreditatem, perinde observandum, ac si abstinuisset.*

4 Et sanè cum hoc videret *Faber*, & quid *Vlpianus* quidve *Paulus* pronunciaverint, & quod cogi poterat filius, ut se immisceret ut restitueret (quod tamèn ei nullum infert præjudicium, habeturque ac si se abstinuisset) debuit aliquid excogitare ex quo posset *Juliano* satisfieri, & conciliari eum *Vlpiano*, & *Paulo*, eo magis quod nō placebat (quod & fateor mihi quoque displicere) *Accursij* commentum sicut, nec *Bartoli* cui cęteri frequentiori calculo assentiūtur; nempè quod in fideicommissarij electione erit, utrum velit cogere filium ad se immiscendum, ut restituat nec nè, sed cum id non fecerit *Faber*, ut nos præstemus quod nequaquam præstitit ille, oportebit: non cum *Claudio Chifletto* asserere *fideicommiss. lib. 4. c. 2.* à *Juliano, Paulum, & Vlpianum* dissensisse, quorum ætate jàm exploratum necessariā esse immixtionem, neque cum *Angelo in l. si filius 12. sub num. 2. D. de vulgari. Imola, Soccino*, alijsque, esse *Juliani* Responsum restringendum ad eum casum dumtaxàt, in quo filius prædefunctus fuerit: *Vlpianum* vero, & *Paulum* explicandos in eo,
5 quo vivat adhùc filius, qui cogi possit. Sed oportebit asserere quod & *Chifletius* ibidem tetigit, & recepit quoque *Osualdus*, quod *Paulus*, & *Vlpianus* non aliam immixtionem desiderarunt nisi eam ipsam, quam dum hæreditatem restituit in restituendo filius cōtrahit, atque ita quod cum Prætor cogit filium, ut restituat, eo ipso cogit, ut se immisceat, & hoc exercet in illo unico actu restituendi: At *Julianus* de immixtione de per se facienda, & separata ab actu restitutionis loquutus est, ideoque negavit filium ad eam immixtionem cogendum esse.

6 Sed quoniam quæ in explicatione hujus *legis* sentiāt *Repetentes* suprà retulimus, illud nunc addamus, quod constans apud eos sententia est, ex hoc textu probari, contrà quam *Faber* existimat nō solum servū, sed & filium hæredem suum à fideicommissario cogi posse, ut hæreditatem agnoscat, & restituat; ut testatur *Salicetus ad legem 3. C. ad Trebell.* hinc nata sententia quæ id in arbitrium fideicommissarij ponit, ut supra dicebamus cum *Bartolo ad l. 1. C. de bonorum possessione*
7 *furiosi, infantis, &c.* Et hinc receptum quoque in Foro, quod quoties institutus hæres adire sine causa recusat, vel Judicis officio cogatur, vel substitutus admittatur, implorato ad hoc Judicis officio ut penes *Argelium in tractatu de legit. contrad. art. 1. num. 5.*

8 Hinc non desunt qui & arbitrarium à fideicommissario cogendi, vel recta via bona fideicommissa sibi vindicandi, item & electionem Judici cogendi hæredem, vel in possessionem bonorum fideicommissarium ponendi adimant, dum obstinatè contendunt, nisi facta restitutione, Jura, & actiones in fideicommissum non posse transire cum *Joseph Ludovico decis. Lucensi 40.* & *Fr. Marco quæst. 408.* nisi de pia causa tractetur, ad cujus favorem rerū hæreditariarum dominium etiam ante factam restitutionem pervenire volunt post *Mattesil. singul. 42.* ex his enim sequetur cogendum omninò hæredem scriptum, ut adeat, & hæreditatem restituat, dum alioquin fideicommissarius nunquam admitti poterit,

9 Sed

9 Sed alia ex parte, quia hæreditatē qui adivjt tenetur substituto rationem reddere tēpore restitutionis de rebus omnibus in hæreditate inventis *Cravetta cons. 295. num. fin.* Item de nominibus debitorum exactotum idem *consil. 315. num. 2.* & in summa de rebus etiam, quæ nisi distrahebautur, perijssent, juxta notata à *Menochio de arbitr. cent. 1. lib. 2. casu* 49. videtur non injustè sæpius hæres, ut à tot molestijs liberetur aditionem detrectare, atque petere, ne cogatur adire: & proinde si non alius, saltem filius ab hoc periculo, & cura eximendus esset, fideicommissario tecta via possessione rerum permissa.

10 Porrò adnotant ad materiam Nostri, quod cum fideicommissarius petit sibi hæreditatē restitui, oportet ad hoc, ut in moram gravatum constituat, exprimere in sua petitione, se hæreditatem velle, ac petere sibi restitutionem faciendam, detractis detrahendis: ut loquitur *Guid. Papa quæst.* 497. oportet etiam, ut & adversùs eundem gravatū actione ex testamento, aut ex quasi contractu orto ex aditione fideicōmissarius experiatur *Peregrin. de fideicom. art. 45. n. 13.* quamquam etiam ex Salviano interdicto agere eum posse crediderit *Statilius Pacificus de Salviano inspectione 3. cap. 4. n. 58.* & eum sequuti nonnulli penès *Argelium loco suprà cit. n. 7.*

11 In superioribus verò, quod *Faber* hic monet de inventarij beneficio auferendo ab hæredibus, quoniàm eo passim utuntur fraudandorum Creditorum potiùs quam damni vitandi causa, constat, & in foro quoque passim à *Pragmaticis* desideratum, qui dum hoc beneficiū varijs interpretationibus adeo protractatum vident, passim exclàmant odiosum esse factum & substineri amplius non posse, ideoque reijciendum præcipuè cum hæreditas opulenta est *Regens Marcianus disp. 60. lib. 2.*

12 Quod si cum opulenta foret hæreditas, sed corporum, non præsentis pecuniæ, Creditores, qui urgent sibi satisfieri in pecunia volunt, & quamquam hæres eum inventario corpora offerat, ea recipere recusēt, solet quęri an oblationem acceptare cogantur? ut etiam dubitare contigit cum controversia est inter Creditores, & ipsum viventem debitorē in terminis *Aut. hoc nisi C. de solut.* & sanè in admittēdis hujus modi oblationibus si ab ipso principali debitore fiāt, videtur aliquibus subsistendum; quamquam quoad hæredem cū inventario nulla causa est ei denegandi, ut bona hæreditaria Creditoribus offerat eaque insolutum recipere cogat, id enim concedit *Justiniani Sāctio in l. ult. §. & si præfatam* in fine *C. de jure delib.* & tamen *Pragmatici* etiam in hærede sicut, & in debitore varij sunt; nā *Gizzar.* in sua *dec. 7.* ubi Addentes, concedit; denegat verò, & mordicus *Rovit. cons. 18.* ad quod plura *Altomarius*, & benè observavit: Reliqui nutant, & nunc unam, nunc alteram opinionem sequuntur secundum varias facti circumstantias, & distinctiones, ut videre est in doctoribus ab eodem *Altomario* adductis, & à *Postio de subhast. inspect. 34.*

13 Admissa tamen ut admittenda de jure est sententia illa quę hæredi arbitrium, & facultatem præstet, si inventarium confecit, offerēdi Creditoribus tot bona hæreditaria, quot ad satisfactionem sufficiant, solet & rursus inquiri an Creditor, qui bona in solutum recipere cogitur consequatur saltem lucrum illud, quod consequeretur quilibet alius extraneus, si licitatis ijsdem bonis ad illorum emptionem facta oblatione accessisset? & *Altomarius ad Rovitum* ubi supra *num. 30.* scribit de hac re se consultum negativè respondisse, & Creditorem hunc, lucrum illud (quod apud Nos sexta pars pretij esse solet) non posse obtinere consuluisse, hoc autem ait probari ex verbis prædictæ Authēticæ hoc nisi (ibi) *facta per Judicem subtili ejus causa æstimatione*, & concludit nec *DD. tam advenæ, quàm Regnicolæ, qui de hac materia egerunt, de hoc dubitarunt.*

14 Verùm enimverò ego longè antequàm *Altomarij* observationes ad *Rovitum* ederentur, in soppositum Consultus respondi, & in causa non modici valoris in Sacro Consilio obtinui: nam durum videbatur Doctiss. Consil. A. Florillo nunc Reg. meritiss. & justissimis Senatoribus cogendum proptèr inventarij beneficium, & Novellarū dispositionem, creditorem in pecunia, ut bona acciperet, & ultrò etiā à lucro sextę, quod extraneus cōsequeretur excludendum cum de hæreditate opulēta agebatur, & hæres quia inventarium fecerat privilegium consequutus fuit, ut rem pro pecunia invito Creditori solvere posset.

Cæterùm quæ in adversum postea ab *Altomario* reperi adducta obstare non videntur; nàm verba *Authentica* sic possunt interpretari, ut *Justinian.* æstimationem quidèm, & subtilem circà valorem rerum adjudicandarum exegerit: at non, ut etiam illa, rigoroso, & summo pretio æstimata creditor recipere teneatur, quamvis æstimata recipiat. Rursus & possunt ita interpretari, ut cum de æstimatione sint prolata, non producantur (ut nō debent) ad adjudicationē; potest enim æstimatio subtilitèr fieri, & tamē sexta detracta Res adjudicari. Nec Doctores alitèr sētière nā si eorū scripta excutiamus inveniemus illos & de negativa sententia dubitasse, & potiùs contrà affirmativam sequutos nobiscum sentijsse creditori lucrum hoc competere: nam ita scripsit *Sola* ad decreta Sabaudię *lib. 3 tit. 39. de forma, ac ordine obser. in pignor. subhast.*

hast.Gl.3.num.35.& 37. Julianus ad statuta Perusina in ver. adjudicatio, & ex his *Postius de subhast. inspect.51.n.11.*



CAPVT. VIII.

Intellectus ad l.cum de in rem verso D. de usuris,& ad l.1.C.de fideicomm.

SVMMARIVM.

1 *Regula ex l.cum de in rem verso D. de usuris elicita ab Accursio, & Bartolo, & communiter recepta.*
2 *Sed non placuit Fabro qui se opponit.*
3 *Objectio quod tempus non sit modus inducendæ, & tollendæ obligationis refellitur.*
4 *Nostra explicatio ad l.operis.*
5 *Et ad l.si certis annis.*
6 *Fabri objectio ad l.1. de fideicomm. & explicatur Rescriptum Antonini, ibid.*
7 *Rursus de Papin. Responso in l.cum de in rem verso, explicatur quid sentiat recepta sẽtentia.*
8 *Explicatur §. Imper. ejusdem legis.*
9 *Repetentes volunt ex diuturna præstatione oriri præsumptionem debiti.*
10 *Id ipsum Pragmatici sentiunt tum in petitorio Judicio in quo cũ titulo, & expressa causa 30. annos; sine titulo immemorabile tempus exquirunt.*
11 *Tum in possessorio.*
12 *Census emphyteutici, & maximè debiti pia causa probantur per continuas solutiones.*
13 *Præstationes vassallorum ex causa doni non obligant vassallos si absque titulo, & causa facta.*
14 *Quid de præscriptione prohibitionis ne ad aliud Molendinum accedant.*

1 EX *Papiniani* Responso in *l.cum de in rem verso 6. D. de usuris* post *Accursium*, & *Bartolum*, vulgo desumunt; quod si quid per continuum decennium præstitum fuerit, jure præstitum videbitur, adeò ut id ipsum etiam in futurum peti possit, præstãdumque sit, modo juxta ex causa priùs præstitum nempè ex valido, & habili, ut ipsi exigunt, titulo, & rursus modo præstationes nedùm allegentur, sed probentur, hæc autem traditio quanquàm vera sit, jurique consona, & non solù veteribus, sed & Neotericis probata, ut videre est apud *Ant. Augustinum lib.1.emend. cap.6.*
2 *Balduinum, Costalium*, & similes, *Fabro* tamèn displicuit, ideòque in hoc, & sequenti capite adversus eam disputat, non alijs tamèn argumentis usus, quàm ijs ipsis quæ jam ab *Accursio*, & *Bartolo* prævisa jam resoluta, & rejecta fuerant.

3 Et quidem primò proponit *Faber* vulgarẽ Regulam *l.obligationum ferè 44. §.placet D.de obligat.& act.* qua dicitur, tempus non esse modum tollendæ obligationis, & multò minus inducendæ, ut apparet ex *l. si certis annis 28. C.de pactis l.Creditor.7. C.de usuris l. operis 31.D.de operis libertorum*, sed jam huic Regulę satisfactum, & replicatum ab *Accursio*, & *Bartolo*, quod in hujusmodi juribus, in quibus ità constitutum: validus titulus ad inducendam obligationem, & ad præstationes justificandas, non præcesserat, & qui allegabatur inhabilis erat. Nec quod *Faber* replicat ubi de operarum præstatione, quę manumissionis causa præstantur agitur ibi justam fuisse causam, & titulum habilem, itemq; ubi de usuris: nam hę licet promissæ solutæ tamèn non repetuntur, quicquã movet, nam. Primò, quoad operas attinet, de quibus in *d.l.operis 31.* responsũ est jam apparet patronum in ea specie tantummodò intempore per quod præstitas allegabat, at non in titulo promissionis per quam sibi debitam operarum præstationem diceret, suam intentionẽ fundasse, hinc & si promissio operarum titulum habilem producat, producit tamen (quod vellem *Faber* advertisset) eum hic titulus, & hæc promissio à longa præstatione firmata allegatur, at non eum nulla de promissionis titulo habita mentione, tantummodo quod per multum tẽpus præstita sint opera adducitur: hoc enim, titulum nequaquam habilem, sed inhabilem præsefert.

4 Sed quamvis ex his fundata remaneat *Accursij* Responsio adhùc ego aliter *d.l.* responderem; nàns verba (*ex sua voluntate*) pleniùs, & significantius acciperem, & ex ipsis intelligerem libertum opera præstitisse non ob obligationem aliquam, & ob antecedentem promissionem, sed ex sua mera voluntate; idve cum apertum notumque, quid mirum si cum noluerit ampliùs id ipsum facere compelli non potuit, præsertim eum de operibus tractetur quorum ad coarctandum persecutionem *Prætor* edictum proposuit in *l.1.D.de operis libertorum*, & quæ odiosę prorsùs, & adversus libertatem ipsam, quam coarctant, videntur esse.

5 Nec dissimili modo responsum vellem ad *Dioclet.& Maximil.* Rescriptum in *l.si certis annis 18. Cod. de usuris*, quippè in eo verba (*quod nudo pacto convenerat datum fuerit*) mihi significant debitore, & Creditore sciente, usuras, nudo pacto conventas præstitas atque ità voluntariè, & proinde si debitorem hu-

hujusmodi præstatio excludat à repititiune, attamen; quia nō præfert titulum habilem nō enim tale nudum est pactū, ideo non obligat illū in futurum nàm nō parit obligationem, nec quod hujusmodi usurarū p pactum nudū promißarum repetitio non sit, facere potest ut easdem creditor, & in futurum possit petere quando ad petitionem inhabilis est titulus ille, qui solummodo habilis ad retentionem: neq; ab hac ad petitionem rectè argumentum procedet, ut *Bartolus* etiam advertit.

6 Insurgit secundo *Faber*, & *Antonini* abuticur Rescripto in *l.1.C.de fideicomm.* nam cū in eo Rescripsisset *Imper.* non alitèr alimenta deberi, quàm si probatum fuerit, & testatorē, ut præstarentur petijsse, & hæredem per triēnium ad minùs agnovisse voluntatem defuncti, ait ipse ex hoc constare quod si vix in alimentis, quorum favor præcipuos est, & quæ fideicommisso, nempè minùs sollemnitatis exigente voluntate fuerunt relicta, admittitur recepta sententia, & admittitur dummodò voluntas testatoris probetur, quantò minùs admittenda erit in cæteris causis in quibus non idem favor in considerationem potest venire.

Fateor ego in *Antonini* Rescripto duplicem causam favorabilem intervenisse, alterā nempè alimentorum, quæ ab *Accursio* cognita est, alteram fideicommissi, quam cognovit postea, & exprimere voluit *Bartolus* in illis verbis (*dicendum ergò quod in l.1. C. de fideicomm. est speciale duplici favore scilicet alimētorum, & ultima voluntatis*) ut scripsit in hac *l. cum in rem verso nu.2.* & latiùs in *l. si certis annis*, ubi etiam id ipsum adnotarunt *Salycetus*, & alij (quod memini, ne credas *Fabri* animadversionem hanc esse) sed quamquam ità fatear, dico hunc duplicis causæ favorem facere ut multò minori tempore, quàm decennio, (quod nos in alijs causis exigimus) præstatio fuisse sufficiat in alimentis fideicommisso relictis puta triennio, vel quatriennio. itaque si quis ex hoc Rescripto vellet inferre etiam in cæteris causis triennalem præstationem sufficere, bona erit animadversio quod id vix in alimentis, & in ultima minus sollemni volūtate, seù in fideicommisso receptum sit At in contrariū si quis inferre velit solere pręstationes continuatas juvare actores, ut rectè agere videātur id quia etiam alijs ex juribus probatur, rectè etiam, ex hoc Rescripto elici poterit; nec quicquam movet quod probandā testatoris voluntatē dicat *Imperat*, nàm id vel ex eo exegit, quòd minori quam decennij spatio innitebatur Actor. vel eo quod (ut verius puto) ideò onus probationis injungendum *Imperatori* visum, quia titulum inhabilem alioquin allegabat, & nudam voluntatem testatoris is qui alimenta prætendebat. de reliquo quia hęc voluntas, & si talis poterat in fideicommissis admitti dum hæres solvendu, obsequutus eidem voluntati proponebatur, justißimè probandam esse rescriptum est, ut fraudibus, quæ multæ fieri possent, obviam iretur.

7 Sed quia in hac materia famigeratum est *Papiniani* Respōsum in *d.l.cum de in rem verso*, antequam de illo dicamus, observandum erit quod Recepta sententia exigit omninò, ut habilis, & justus titulus fuerit allegatus, & plures præstationes probatæ fuerint, & tunc vult eum qui convenitur, possit cogi ad præstandum quod petitur, quanquam actor titulum allegatum non probet, itaque secundum ipsam, non præstatio diuturna, nec tēpus obligationem inducunt; sed juris præsumptionem faciunt, ut dicamus illam interfuisse; adeò ut pro Actore possessio stet debeatque non ipse qui titulum allegavit & perceptiones per multos annos ostendit, sed reus probare contra nullam validam obligatione intercessisse teneatur, & quod solvit aut per errorem, aut ex mera voluntate solvisse, palam facere; nam quamvis Actor habet præsumptionem, admittitur tamèn probatio in contrariū adversus illam, ut fatentur ex *Cino*, *Jasone*, *Alexandro*, & *Paulo de Castro*, *Franciscus Balbus de præscriptione 3. par. prin. par. 1. col. 9. q. 10. vers. 3.* limitāt, *Covarr.* & alij. Hinc si citra probationes quas à Reo faciendas diximus, notorium foret, & constaret invalidum titulum fuisse, tunc ex eo quod voluntariè præstitit non debet in futurum cogi cōventus ad similiter præstandum, & hoc est, quod dicunt *tex. in l. operis 31. D. de operis libertorum*, & *l. si certis 28. C. de usuris* à nobis supra explicati. Fallit tamen hæc Regula alimentorum favore, & fideicommissi quod ex conscientia gravati pendet *dicta l.1. C. de fideicommissis.*

His observatis; ex ipsismet nemo non videt quam rectè *Papinianus* Responderit in *d.l. cum de in rem verso D. de usuris* ideo solvendas esse usuras, quia eas ipse Dominus, vel Pater longo tempore præstiterint. Proponebatur namque in illa specie per longum tempus usuras præstitas, scilicet per decennium: id enim illa verba *longo tempore* significant ex adducto *tit. Cod. de præscri. longi temp. ex l.2. de usucap. transformanda ex l. si cum fideicom. 16. §. Aristo D. qui, & a quibus man. lib. non fiant*, & ex *Paulo* apertissimè, sent. *lib. 5. tit. 2.* & *tit. 3.* item ex *Tribon. in princ. instit. de usucap.* & passim; unde male in dubium à *Fabro* sub *num. 6.* revocatur ex *l. nunquam 31. in princ. D. de usucap.* quando ibi non absolutè *longum tempus* ponitur, sed cum adjuncto post *longum tempus venditionis*, quod aliud est siquidem absolutè longum tempus, ad minus de-

decennium significat cum adjoncto de materia subiecta, & ad quam adjunctum refertur, ut vel grammatici sciūt; itaque eum (ut redeamus ad *Papinianum*) proponeretur loogo tempore usuras præstitas, quas denegabat deinde hæres præstare eo prætextu, quod in rem defuncti versum non esset, quamvis non probaret Creditor versionem, visum Imperatori tamen est, itemque & *Pa in.* satis præsumi versum ex eo, quod eum viverent Dominus, & Pater usuras easdem solverant; enim enim scivisse illos credatur, an versum foret, nec nè: an deberent an non deberent; dum solvendo deberi fassi sunt; debuit ideò ab onere probationis Creditor eximi. Cæterùm si adversùs hanc præstationem constaret nequaquàm versum, & per errorem, aut ex mera quadam nuda voluntate, & nullo habili titulo patrem, & dominum solvisse, aut ità verum esse liquidis probationibus ostendisset hæres; Quis dubitat absoluturos fuisse eum, tum Imp. tum J. Consultum necnon & nostros Interpretes?

8 Sed in eadem *l. Imperator quoque noster* lōgè diversam arbitror dubitationem fuisse, nempè non illam, an constituta dos fuisset, & an debita, (debitam enim fuisse certum erat, non quidem ex alijs factis probationibus, ut quidam dicebant; sed ex eo, quod filia erat: constitutam verò etiam constabat, oam nupta filia proponebatur;) sed fuisse dubitationem quæ controvertebatur inter Fiscum, & filiam, quod Fiscus præstitam jàm, & solutam dotem allegabat; Filia verò adhùc sibi deberi, & ejusdem remansisse creditricem dicebat. Decisum verò pro filia foit, eo quod Pater præstiterat dotis usuras; atque ità hujusmodi præstationibus fassus fuerat, se adhùc dotis sortem debere; unde præstatioes in hac specie non tam obligationem important quam satisfactionis & solutionis exeludunt præsumptionem.

9 Sed quidquid *Faber*, hic illud certum ut diximus, quod Regula hujus *l. cum de in rem verso*, & ab *Accursio*, & à *Bartolo*, *Baldo*, *Decio*, *Jasone*, & *Aretino* communiter recepta est, ideòque latè explicata ab *Aquilino ad tit. de verborum obligationibus num. 76. fol. 50. column. 3. a Vasquio illustr. contr. lib. 2. cap. 56. & sequentibus*, & à *Soccino*, *qui & limitationes ejusdem Regulæ attulit Regula 82.* Unde *Alciatus* ex Civilistis, & ex Canonistis, præsumptionem illam formavit, quod præstatio diuturna, debitum facit præsumere, de qua *Regula 1. præsumpt. 32. in fine.*

10 Eandē hanc præsumptionem, & qui in foro sunt recepère, ideòque tùm in judicio petitorio, tùm in possessorio, ei locum volunt, & quidē in petitorio sequuti *Covarruvias in reg. possessor. 2. par. §. 4.* asseverant præstatiooem annuam jure, & ratione redditus, cum expressa causa facta per continuos trigiota annos, nō solum præsumptiooē tituli, sed veram redditus perpetui acquisitionem inducere, quod & *Balbus* voluit *de præscript. 4. par. 4. partis principalis quæst. 9.* Hinc si per triginta annos facta appareret solutio, non opus esse Actori volunt titulum expressè allegare, ut exquirunt, si per solum decennium solutio probaretur *Guidon Papa quæst. 407.* ubi Addentes, & *Mantica de tacitis lib. 3. tit. 15. nu. 35.* Quod si titulus non allegaretur: sed nèc & causa fuisset expressa, tunc oportere adeò antiquam præstationem esse, eamque continuam, ut ejus initium memoriam hominis excedat, notant ijdem, qui suprà *Covarr. Balbus, & Mantica.*

11 In judicio autem possessorio, minùs dubij est, nam qui in quasi possessione est, exigendi hujusmodi præstationes, manutenendus erit, nisi foret ab eo allegatus titulus talis, qui juris resistentiam adversùs se habeat, ut ex *cap. cum persona de privil in 6.* probant Nostri, qui & varijs distinctionibus ad hanc materiam utuntur cum *Reg. de Ponte tomo 1. cons. 97. Marciano tomo 2. disput. 65. & Menochio*, qui egregiè de hac re, & distinctè egit *lib. 3. præsumpt. præsumpt. 131.*

12 Porrò cum in annuis censibus emphiteuticis, quoniam sæpè prima origo ob antiquitatem non iovenitur controverti soleat, an sufficiat sine investituræ instrumento, solutionum antiqua continoatio ad debitum census emphiteutici super aliqua re probandum, magis communitèr affirmant *Pragmatici* ex his, quæ *Regens de Marinis scribit 1. quotid. cap. 102.* modò tum assertio, tū continua hæc solutio adsit, quæ multo magis habebunt locum in censibus debitis piæ causæ, ut probat *Caponus noster responso 33.* alibi citatus à nobis; sicut, & solutio ista Canonis continuata investituram etiam probaret in favorem solventis, ut ex decisionibus *Rota Romana* notat idem *Regens de Marinis quotid. dicto lib. 1. cap. 78.*

Sed illud aliquando magnis altercationibus disputatum scio; an continuata solutio, & assertiones in antiquis documentis quæ probant in favorem tum piæ causæ tum cujuslibet Creditoris census debitum; probent quoque illud esse emphiteuticum, & inaffràncabile, itaut nō solum debitum, sed perpetuò debitum concludant, & quidquid alij distinguant: placuit nonnullis *Montani* sententia *contr. 76. n. 20.* asserentis nequaquā emphiteuticum censum probare, adeòque irredimibile, & hoc sive Ecclesiæ sive Laicis debitū illud sit, quod & *Duardo de censib. in §. 5. q. 39. num. 3. Roderig. de redit. lib. 1. quæst. 15. & lib. 2. quæst. 32. num. 75. & Menochio de præsumpt.*

sumpt.lib.3. præsumpt. 106. strenue defendit Enlgato in causa propria ad hanc Rem luculenro Juris Responso D. Camillus Antonius Cangianus. Magni illius Hyacinti Cangiani Regij Consiliarij, & quem nos dum primum in forum venimus, tùm in Jurisprudentię difficilioribus articulis, tùm in eruditionis, & politoris literaturę quęstionib. veluti oraculum observabamus, dignissimus filius.

13 Illud tamē quod Covarruvias ubi suprà sub num. 5. scripsit, scil. annuam præstationem per longum tempus, nempè per decennium expressa causa, puta in recognitionem, vel indonum exactam à vassallis, parere dominis justum acquisitionis titulum, admodùm tutum non est, præsertim in hoc Regno Neapolitano; tùm quia cum præstationes hujusmodi, doni causa dentut, adeòque sint actus voluntariæ liberalitatis, non debent parere obligationem dandi, neque obligare vassallos ad continuandum, ut ex Capiblanco in singul. 53. post num. 100. & in Pragm. 1. de Baronibus num. 113. observat idem Marinis loco cit. num. 11. tùm etiam quia cum in hoc Regno hujusmodi præstationes exigi à Baronibus vetitum sit per Regias Pragmaticas Sanctiones, ideò & si diuturnæ fuerint, & si continuatæ, quia semper adversus se Juris municipalis resistentiam habent, nec titulum acquisitionis, nec præsumptionem pro Barone poterunt inducere juxtà notata à Sese de inhibitione Magistratuum cap. 5. §. 1. de Ponte decis. 40. & ab alijs.

14 Magis ergo ad rem faciet, & faciliùs recipiendum erit, quòd idem Covarr. in cit. Regula possessor 2. par. §. 4. num. 6. monet de jure, quod habere Barones solent cogendi subditos, ut ad sua molendina deferant triticum molendum, & de statutis prohibentibus, ne ad alia molendina accedant, ideòque illius dicta erunt expendenda ad Pragmat. Regni 14. sub tit. de Baronibus explicationem, & conferenda cum adductis à Nostris Commentatoribus ad eandem Pragmaticam.



CAPUT IX.

Reijcitur Fabri expositio ad Iura superiùs adducta.

SUMMARIUM.

1 *Interpretatio Fabri ad superius adducta jura.*
2 *Qua coincidit cum interpretatione Bartoli, & Repetentium.*
3 *Reijcitur Fabri traditio.*
4 *Explicatio l. litibus 10. C. de Agricolis.*
5 *Pragmatici ajunt probari aliquem inquilinum per solutionem pensionis factam decem annorum spatio.*
6 *Vassallus qui se talem negat potest litem inferre Domino.*
7 *Qui rem conduxit non potest quæstionem de dominio opponere.*
8 *Jus Coloniæ præscribitur triginta annorum spatio.*

1 HOC capite novam interpretationem pollicetur Faber ad textus citatos in d. l. cum de in rem verso, & in l. litibus 10. C. de agric. & cens. lib. 11. aitque Primò ideò in dictal. cum de in rem verso Responsum fuisse, usuras esse præstandas ab hærede, quia Dominus, & Pater longo tempore præstitère, & credibile est eum, qui quandiù vixit, usuras præstitit versæ in rem suam pecuniæ, easdem si diutiùs vixisset, diutiùs præstaturum fuisse, nam cum non ignoraret alienam se pecuniam retinere, & ex ea lucrum sentijsse verisimile est motum eum ex naturali quadam Ratione ad usuras præstandas.

2 Hæc explicatio quanquam alijs verbis cōcepta, aut eadem cum illa Bart. & Interpretum est, aut cum eadem coincidit, siquidem cum nemo dixerit solum tempus esse modum inducendæ obligationis, & cum in his habilem titulum nemo non requisierit, nemo quoque in Papiniani specie illum adfuisse noluit, sed ex eo quod Pater, & Dominus præstiterant, usuras ex pecunia in rem eorum versam elici posse credidère; cæterum cum de probationibus ageretur satis visum est Juris Consulto, quod Pater, & Dominus, qui scire poterāt, & debebant, an versa pecunia, & an ex ea usuræ deberentur easdem usuras ex pecunia, veluti in rem suā versa præstiterint: Quod autē Dominus, & Pater ad prę-standum naturali quadā æquitate moti fuerint nec ne, parū juvat investigare, cum sufficiat præstitisse. de reliquo si attentiùs verba Responsi perpendamus, intelligemus usuras præstitas, quia promissas, nàm in facti specie, supponendum est filio, aut servo pecuniā sub usuris creditam, idque intercedente stipulatione, atque servatis servandis; hine nequaquam dubitatum de harum usurarum debito, ut malè credidit Faber, sed dubitatum, an ad debitum illud Pater teneretur, an Dominus teneretur, ex promissione facta, & ex obligatione à filio, vel à servo contracta, & proinde dicebatur esse videndū, nō an usurę promissę, sed an promissæ ejus pecuniæ, quæ versa esset in rē Patris, aut Domini, & ideo ut versaretur sūpta à filio, vel servo mutuo. Et cum hęc foret sub usuris sumpta probādum id erat, sed satis pro-

probatum ex eo quod ipse Pater, ipse Dominus solvissent, visum est.

3 Quod vero ait *Faber* eo usque debere hæredem hujusmodi usuras, quousque suam voluntatem declaraverit, easque in futurum præstare se nolle dixerit, planè nô intelligo. Scio autem quod aliàs declarationem voluntatis quam hæres facturus erit oportebit secū ferre solutionem, aut oblationem sortis pecuniæ debitæ, & congruam obsignationem, & depositionem ipsius *l.19.C.de usuris l.9.C.de solut.l.obsignatione*, ubi *Douellus C. de solut.* id quod advertunt *Cujacius tract.8. ad Africanum ad l.39. de usuris Borcholten de usuris cap.7.* & alij apud *Trentl.vol.2.disp.3. de usuris Thes.10.*

4 Ait secundò *Faber* in *l.litibus 20.C.de agricolis* non obligari colonum ad futuras præstationes (quid enim si fundum relinquere malit?) sed repelli, si cum fundum, cujus redditus Domino anteà per longum tempus præstiterit, tanquam suum vindicare velit, ipsiq; Domino referre quęstionem dominij, aut possessionis. Verùm enimverò, & si hoc dicat *Justin.* supponit tamen, & nun tantū supponit, sed apertis verbis profert, quod is qui habet longinquam, & inveteratam redditiuum exactionem habere ex ea sufficientes adversus Colonum probationes, ex quibus fiet ut non possit Colonus opponere adversum eum quæstionem; hoc autē cum dicat de dominio *Imperator* in citata Constitutione facit ut rectissimè ea usi sint Interpretes ad hanc, de qua agimus dubitationem decidendam; nam cum ex eo quod non possit dominij quæstio referri, nascatur, ut Colonus omnino ad futuras etiam præstationes teneatur; nō poterit dici esse in illius arbitrio eas præstare, vel denegare. Cæterum, quod si paratus sit potiùs fundum derelinquere, quam solvere, & hoc faciendo amplius non præstabit, ad alium tractatum pertinet.

5 Sed ad *Pragmaticos* accedamus, hi ex *hac l. litibus 20.C.de agricolis, & cēsitis lib.11.* notàt primò, probari aliquem Inquilinum fuisse probata solutione pensionis per annos decem ab eo facta *Bartolus, Joannes de Platea Florianus, &* similes, ex quibus *Menoch. lib.3. præsump.c.131.num.59.* quod & *Justinian.* in hac *l.* pronunciasse videtur his verbis, *eos tamen dicimus qui non ex longo, prolixoque tempore, vel longinqua, & inveterata redditionum susceptione sufficientem habeant cautelam.*

Notàt secundò posse subditum, sive vassallū,

6 sicut & qui se talem esse negat adversus Dominum, qui indebitum aliquod exigere tentat, aut sibi præstandum contendit litem facere, seque defendere, ut *Boerius dec.55.n.2.* scriptum alijque reliquere.

7 Tertiò adnotant ex *l.si quis conductionis C. locati*, nec posse, nec debere is, qui rem conduxit ejusdem rei, dominij quęstionem adversus Dominum proponere, quod pluribus explicant *Afflictus dec.12.* & ibidem Addentes; sed in Contrarium facere videtur nostra *Justinianea* constitutio in hac *l.20.* dum admittit Colonos ad opponendum de dominio quæstionē adversùs Dominos. tamē Responderi poterit, quod *Justin.* hic tractet de colonis illis, quos conduxisse non constat, cum non appareat res, quas possident ab illis adversùs quos insurgunt accepisse, neque pensiones illis exsolvisse.

7 Denique & illud quoque adnotant, quod Coloniæ jus præscribatur adversùs Dominū triginta annorum spatio *Afflictus decis.365. n.13. ubi Ursillus n.15.* alijque plura afferunt ad hujusmodi materiam de qua in hoc capite sicut, & *Meisuerius dec.Cam.Imp. tom.2.lib.1. dec.3. & Borrellus cons.8.n.50.*



CAPUT X.

De bonorum vacantium usucapione adversùs Fiscum.

SUMMARIUM.

1 *Distinctio inter bona fisco dumtaxat delata, & bona acquisita notissima est.*
2 *Faber hic duo affert nova.*
3 *Falsum quod Tribon. Modestini Responsum interpolaverit.*
4 *Distinctio inter bona titulo lucrativo, & titulo oneroso perventa non habet locum in proposito.*
5 *Quid in hac materia Justin. constituerit.*
6 *Cujacij sententia.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Non idem quod in vacantibus bonis, dicendum in cæteris Fiscalibus rebus.*
9 *Sententia, & expositio Pragmaticorum de bonis vacantibus.*
10 *Cui, & Neotericorum accedit.*
11 *Bona vacantia ad Principem pertinent.*
12 *Sed non debet Princeps eadem alteri statim concedere.*
13 *Heres defuncti potest tandem docere se esse successurum; nec sententia qua bona vacantia declaravit, ei obstat.*

1 Vel ijs qui à limine salutant juris prudētiam, ex §. *res fisci instit.de usucapion.* nota est distinctio inter bona fisco incorporata, & acquisita, & ea quæ tantùm delata fuère: notumque etiam quod illa usucapi hæc

hæc possunt ; & quod pertineat ad bona vacantia nondum delata *Modestini* Responsum *in l. quamvis* 18. *D. de usucapione* igitur cum in hoc capite duo tantum nova *Faber*
2 attulerit. Primum quod illa verba *diutina possessione Triboniani* potiùs quam *Modestini* sint in prædicta *l.*18. Secundum quod biennio non quatriennio res Fisci usucapi possunt, nos an hæc vera sint investigemus.

3 Et circa primum quanquam constans opinio sit apud Interpretes præsertim Eruditiores quod *Tribonianus* in omnibus Juris Consultorum Respoosis , sublata usucapionis mentione longam possessionem, aut diutioam reposuerit , non omninò veram esse hanc *Opinionem* docuit *Jacobus Revardus* in suo libro , quem adversus *Tribonianum* scripsit de *veris usucap. differentijs nu.*11. cui cum assentiendum esse nemo dubitare jure possit;id eo quod scriptũ est *diuturna possessione capiet* in hac *l.quamvis à Modestino* scriptũ, non à *Triboniano* affirmare oportebit, & si plures reclamaverint etiam ante *Fabrum* quorum omnium non rectam fuisse ratiocinationẽ infra dicendis patebit.

Et rursus ex eo quod secundum prorsus gratis , ne dicam temerè asseverat *Faber* sub *fine num. primi*, & passim, & ex eo quod bona vacantia potuerint ante *Justinian.* biennio usucapi:ut ex Juris Respõsis apparet, præcipuè ex *l.qui autem* 6. §.*certè D. si quis omissa causa testamenti* ubi *Vlpian.* præscriptionem quatriennij non bieonij usucapionem, in bonis vacãtibus admittit;ęquè falsum sicut Primum censendum erit.

4 Nec dicere potes esse constituendam differentiam inter ea bona quæ donationis titulo, vel simili lucrativa de causa obvenère , & ea quæ titulo oneroso emptione scilicet aut simili fuerint acquisita ; oàm hoc nullo juris loco expressum est , nec *Faber* habuit quem indicaret . Conatus quidem est commentum suum elicere,sivè potiùs extorquere ex *Justin.* Constitutione in *l.super longi* 11 .*C.de long.tẽp. præscript.* sed ne assequeretur; occurrit inter alios *Amaya* in cõment. ad *lib.*10. *Cod. tit.de jure Fisci l.* 6. *num.* 36. ostendeos differentiam, quam *Justin.* in citata *l.super longi* substulit, fuisse illam quę erat inter lucrativam, & onerosam causam circà adiectionem possessionis; cum scilicet in dubium veniret an continuaretur in sequentem anterioris possessio, & cum aliter in perventis, ex causa lucrativa , aliter in perventis ex causa onerosa observaretur *Justin.* id ipsum in otraque causa servari voluit, & adiectionem admisit, ut perspicuè ex verbis constiturionis constat.

5 Ergo cum (rerum fiscalium delatarum) ut idem *Amaya* rectissimè ratiocinatur admittenda esset usucapio, Visum tamen est admittendam non eo modo quo ex lege 12. Tabularum in cæteris rebus privatorum admissa fuerat,id est constituto spatio biennij,sed duplicato tempore (quia de rebus fisci agebatur)& ex biennio quatriennio constituto;hoc autem quatriennium cum excederet usucapionis naturam, & ad præscriptionem potiùs accedere *Modestin.* videret,dixit eum qui ita usucapit *diutina possessione capere*, & rectè dixit. Cæterum & si verba illa(*diutina possessione*) reposuisset *Tribon.* & in sensu mox exposito; rectissimè id egisset,& contra morem,subtiliter ad verborum proprietatem attendens; sin autem reposuit , ut decennium, aut aliud tẽpus *Iustinianea* Consistit. definitum pręmostraret ; oportebat , & ab alijs locis , ubi quatriennij fit mentio haoc detraxisse , & in omnibus *diutina possessione* scripsisse. His accedit , quod si, ut *Fabro* placet *num.*5. *Instin.* in sua Cõstirurione in *l.unica* C.*de usucap. trasformanda* non solũ usucapiõnem quatriennij non substulit, sed oe illius memioit quidem: nulla potuit esse causa cur *Tribonian.* inferre potius *Modest.* manus voluerit , & in ipsius Respõso de quatrienno loqui, cum nullo alio in loco de hujusmodi quatriennio egerit.

6 Ego tamen non ignoro quibusdam visum esse præsertim *Cujacio* in comment. ad hanc *l.quamvis* quatriennium præscriptionẽ parere, & exceptionem;at postmodum biennium aliud usucapionem, & dominium,unde dicunt quod cum quatriennio, bonorum nũciatio finiretur *l.extra quatuor* 10. *D. de divers.& temp.præscript.l.*1.§.*Divus Pius D. de jure fisci*, quod notum dixit *Constantinus in l.* 1.*C.de quatrien.præscript.* opus erat , & alio biennio super adjuncto , ut eædem res usucaperentur.

7 Veteres tamen,& vulgares Interpretes , ut jam diximus, & ipsi quoque distinxerant an bona delata tantum, an verò, & Fisco acquisita fuerint, & incorporata, & quidèm si tantum delata locum in eis usucapioni faciebãt, non item si incorporata fuissent ; ideoque, Practici ita recipiendum contendunt , & addunt in bonis vacantibus, sed non adhùc denunciatis nullum fisco privilegium competere, sed jure privati cum uri , post *Pereg.* qui alios adducit *de jure fisci lib.*6.*tit.*8. *n.*33. *&* *Tobiam Noninm cons.*105. & similes cum & pleriq; deinde distinctionẽ suprapositam rãquàm certam , cõmuoemque defenderint adversùs *Fabrum*, & inter hos *Carolus Angustinus Mella in tractatu de usucapionibus c.*7. *num.*4. *par.*1.

8 Verùm enim verò quaoquã ut ita supra disserendum sit in bonis vacantibus cum de triẽnali in mobilibus,& decennali in immobilibus usucapione tractatur itèmque sit bona fides requirenda , ut *Boerius* monet *decis.*264. *num.*23.

num. 13. tam in possessoribus, quam in eorum antecessoribus, quod & *Faber* hic, & *Cujacius* ad hanc *l. quamvis*, & ex eis, citatus *Augustinus Mella par.* 2. *cap.* 3. *num.* 8. unanimitèr concedunt; attamèn si non de bonis vacantibus tractatur, sed de alijs fisci bonis, tunc oportebit genera bonorum distiuguere, & alitèr in uno, alitèr in altero genere respōdere cum *Boerio* ubi suprà, & cum *Covarr. de Matrim.* 2. *par. cap.* 6. §. 8. *num.* 16. *& in Regula possessor de praescript.* 2. *par.* §. 2. *à num.* 7. *Menochio cons.* 201. *lib.* 3. *num.* 132. & *Antonello de tempore utili lib.* 2. *tit. de Annis cap.* 67. *num.* 44.

9 Si tamen quis quærat quœnam bona esse vacantia *Pragmatici* existiment, Respondebo eos asserere quod generalitèr bona vacantia dicuntur ea, quæ omni Domino vacua sunt, quæve nec Dominom habent, nec sperant, ut larius explicavit *Peregr. de Jure fisci lib.* 4. *tit.* 3. *à nu.* 1. *Alfarus de officio fiscalis Glossa* 10. §. 9. *nu.* 121. *Novarius in Scholijs ad l. vacantia* 4. *C. de bonis vacantibus lib.* 10. *Farinacius in fragmentis par.* 1. *verbo Fiscus num.* 111.

10 alijsq; à quibus nec Neotericorum explicatio abhorret, quam desumūt ex *l. filius famil.* 114. *in princ. de legatis* 1. *l.* 2. §. *fin. D. ad Tertull. l. si bona* 5. *C. de bonis, aut. Iud. possid. l.* 1. *C. de donat. inter virum, & uxorem*, fassi hujusmodi bona ex *l. Iulia Caducaria* ad Fiscū pertinuisse post *Vlpianum in Fragm. tit.* 28. *vers. intestatio*. Sed pertinnisse ad eum tamquam ad successorem, seu quasi ad hæredem; nam admittitur ad successionem eorum fiscus post alios, & postquam constiterit nullum alium ad decimum usque gradum adesse, qui posse succedere, quod ut solet *Cassiodorus* elegantèr exprimit *lib.* 6. *epist.* 8. & Imperatores docent *in l.* 1. *C. de secundis nuptijs, & in l. unica* §. *hoc autem C. de caducis tollendis*, prout hæc, & alia rectè expendit ad materiam *D. Franciscus Amaya in eruditissimis Commentarijs ad lib.* 10. *Codicis hoc tit. de bonis vacantibus*, ubi & quæ obstare videntur removet ingeniosè, ut solet.

11 Cæterùm & si hæc bona vacantia ad Principem jure Regaliæ pertineant ex tex. *in cap. unico* quæ sint regalia. *Mastrillus de Magistratibus lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 395. *Alfarus de off. fiscalis Glossa* 20. §. 9. *num.* 6. *Sextinus de regalibus lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 31. Non debet tamèn

12 Princeps eadem, sicut nec confiscata, statim concedere alteri, nisi jam agnita, & sibi adjodicata fuerint, ut monet *Papon. lib.* 5. *tit.* 10. *Aresto* 7. *Rebuffus in comment. tomo* 2. *tit. ne*

13 *beneficia ante vacationem Glossa* 6. quidquid scribat *M. Mantua singul.* 143. nàm dumetiā postquàm fuerit per Magistratum bona esse vacantia declaratum, & ad fiscum illa applicata, possunt adhuc successores propriorum Jurium notitiam exhibere, & comparere eaq; sibi vindicare, quoniā illis prejudicium in hoc illatum per Magistratus sententiam minimè fuit *Randensis de Analogis cap.* 33. *num.* 178. Hinc debet Princeps in hac re cautè procedere ne subditis damnū inferat, nimiamque aviditatem ostendat, aut lites, & litibus struat cum mora itaque, & maturè progrediatur, & re penitùs cognita sciens, ut *Tacitus* dicebat, qood *veritas visu, & mora falsa incertis, & festinatione valescunt*.



CAPVT XI.

Nequaquam filios familias jure veteri fuisse acquisitionis capaces.

SVMMARIVM.

1 *Qui de jure patria potestatis eruditè tractant.*
2 *Filij familias prorsùs acquisitionis fuisse jure veteri incapaces.*
3 *Sed Fabro aliter visum.*
4 *Prima Fabri obiectio adversùs communem sententiam.*
5 *Reijcitur ex Valentia sententia.*
6 *Altera nostra Responsio.*
7 *Secunda objectio.*
8 *Sed futilis ostenditur.*
9 *Tertia objectio quæ ad rem hanc non facit.*
10 *Explicantur nonnulla juris loca pro recepta sententia.*
11 *Subvertitur Fabri animadversio.*
12 *Confirmantur Valentia dicta ex nostra animadversione.*
13 *Repetentium, & Pragmaticorum sententia.*
14 *Patre existente furioso potest filius sine jussu adire, & sibi acquirere hæreditatem.*
15 *Qui jussu alterius adit, & si posset nolle sibi acquirere præsumitur.*
16 *Qui acquirit alteri eo modo acquirit quo sibi.*
17 *Quandoque alteri per solam animi destinationem acquirimus.*

1 JUS patriæ potestatis parentibus in liberos à natura ipsa datum, & per *l.* 12. Tabularum amplissimè coofirmatum, quàm potens fuerit nemo, vel mediocritèr in Romanorum institutis versatus ignorat, ostendère etiam præter alios eruditissimi viri *Jacobus Revardus ad leges* 12. *tabularum cap.* 3. *Petrus Faber* 3. *semestrium cap.* 16. *& Forsterius de jurisdictione Romana ad legem* 6. *&* 7. *Romuli, & sequētes* hinc non admodum filios familias diver-

versos à servis ex *Halicarn.* & *Servio* rectissimè observavit idem *Forsterus* ubi supra, & *Emundus Merillus lib. 1. obser. cap. 40.*

2 Ex vi itaq; hujus patriæ potestatis effectû, vulgòque receptum est ut filij familias veteri jure, sicut & servi acquisitionis fuerint prorsùs incapaces, quod apertis Juribus post *Bartolum in l. qui in aliena, & in l. placet D. de acquirenda hereditate*, alijsque in locis probant Interpretes omnes *Antiquiores & Neoterici* inter & hos *Donellus comment. 9. cap. 5. Gifanius in lect. Altorphina in l. etiam inviti 32. D. de acquirendo rerum dominio*, sed omnium optimè *D. Melchior de Valentia tract. illust. lib. 3. tract. 2. de personis, quæ acquir. vel omitt. hæred. facultatem habent c. 1.* cui ego libenrissimè assentior, & dum ut & ipse quarumdam rerum fuisse filios familias capaces volo, nempè earum quæ extrinsecus obveniebant, ut *Justinianus* loquitur *in l. 6. C. de bonis quæ liberis*, quo ad cætera incapaces acquisitionis fuisse cum Receptiori sententia affirmo.

3 At *Faber* in adversum hic, & pluribus alijs in locis, nempè in *decadibus de err. Pragmat. in Jurisprudentia*, & denique in *Rationalibus* obstinatè, & mordicus tenet filios familias fuisse capaces acquisitionis, volentibus Patribus, & consentientibus, atq; in hoc à servis diversos, quia servi neque consentientibus dominis sibi acquirere poterant.

4 Et suadere id primò *Faber* conatur sub *num. 2.* ex eo quod *Vlpianus* ait *in l. cogi 16. §. si Pater 11. D. ad Trebell.* institutum Patrem, & filio restituere gravatum, si suspectam dicat hæreditatem cogi posse adire, & restituere, cum secùs in servo esse idem *Vlpianus* doceat in *l. si servi* ejusdem legis.

5 Sed huic obiectioni occurrerant *Bartolus, & Doctores ad d. l. cogi*, à quibus *Valentia num. 35.* dicentes ideò coactionem ibi permissam; quia Pater familias non adeundo hæreditatem ne restitueret, dissipat bona, eisque in totum filium privat, hinc cum esset locus remedio *l. Imperator 50. D. ad Trebell.* repræsentationis damnum sentire Pater cogitur.

6 Verum uti ingenuè fateor, hæc Responsio mihi non placet, eo quod fraus in acquisitis dissipando, non in illis non acquirendo considerari solet, unde vel ipsusmet debitores non cogi acquirere, & in damnum Creditorū, quos alioquin fraudare nū possent, eis permissum hæreditatē respuere; de qua re alibi latissimè. Hinc aut dicerem, quod ideò cautū, ibi, ut cogi posset Pater recusans adire; quia ita favor ultimarum voluntatum exposcebat, propter quod recessum à summo jure, indultumque hoc filijs; ne testatores, qui patribus confisi hos instituerant, quia filios eorum hæredes habere volebant, defraudati remanerent, hinc Senatus Consulto hujusmodi provisiones inductas ad adjuvandas supremas hominum voluntates apertis verbis exprimitur in *l. 1. D. ad Trebell.* hoc autem quod in filijs ad fideicommissum vocatis nō potest in servis admitti; quia servi J. Civili pro nullis habentur, nō filij familias. Aut omninò asserere oportebit, quod id quod dicitur in *d. §. Patrem, per Pretorem cogi posse*, ità explicandum est, ac si dictum esset, posse, si filium emancipaverit, explicando fideicommissum juxtà terminos *l. ubi 19. §. 1. D. eodem.*

7 Insurgit secundo *Faber* argutando, & captando verba sub *num. 4.* præsertim particulam *Quoties* quæ est in *l. placet 79. D. de acquir. hæred.* nam elicere tentat ex ea, quod cum *Vlp.* dixerit *quoties acquiretur*, indicat quod non semper acquiritur; unde falsum est, quod communis sententia contendit, nempè semper filios famil. Patri acquirere.

8 Sed quis hanc futilem obiectionem non illudere potiùs, quam eludere velit? quis non videt quod illud quotiès indefinitè positum idem significat, quod semper? præsertim cum non *Vlpianus* scripserit, ut *Faber*, aut credit, aut nos credere vult *quoties acquiritur nobis per aliquem tunc id in ejus persona non consistere*. Sed quotiès acquiritur, tunc acquiri nobis, & in ejus persona qui acquirit non consistere. Unde in eodem sensu scriptum *quotiès* in quo scriptum fuisset semper ut cuique patet. Cæterùm dum fatetur *Faber* servum semper acquirere, & statim, idque non aliunde didicerit, quàm ex eodem Responso, quod generalitèr conceptum ad filios, & servos pertinet, suavis est dum vult eandem particulam *quotiès* in eodem loco, & semper, & aliquando significare.

Tertio insurgit ex differentia, quæ extat inter servi, & filij familias personas; cùm illa incognita, hæc cognita Juri Civili sit: nec videt differentiam illam hic ad rem nō facere cum ex ea non aliud probetur, nisi quod diversa ex causa in filio quam servo incapacitas nasceatur; & sanè ita est, nam nascitur in servo; quia personam non habet: nascitur in filio: quia & si personam habeat, eam vi patriæ potestatis cum paterna conjunctam habet: ità tamen ut paterna patris emineat, & ut *Cujacius* notavit *ad tit. Cod. de patria potest.* ex quo ipsemet *Faber* alibi, & alij, Pater hujus personæ sibi conjunctæ caput sit, ideoq; *Africanus in l. filius famil. D. de cond. & demonstr. relictum filio sin Patris potestate erit, potius Patri, quam filio relictum esse*, Respondet; igitur, & si diverso modo filius quam servus incapax sit, eodem tamen incapacitatis vitio laborat; ideoque cum illo conjungitur in *d. l. placet 79. D. de acquir. hæred. & l. 1. D. si à Pa-*

ãparẽte quis manum.l.3.§.hac autem D.de leg. praestandis l.cum oportet C.de bonis qua lib.in §. 1.§.itẽ instit.per quas personas nobis adquir.ab Vlpiano in fragmen.tit. 29. §.filiusfamil. quod ipsum evenit in specie *l.quemadmodum 46.de jure dotium* in qua casus singularis quidem, est respectu petitionis dotis, constante matrimonio, at non singularis respectu compatationis filij cum servo, quidquid blateret *Faber num. 8.*

10 Et sanè hæc receptior sententia multis, apertissimisque juribus probatur, quæ apud Interpretes habes, suntque præcipuà in citata *l.ubi pure 19.D.ad Trebellianum* quo in loco *Paulus*, ut tempus illud, quo filius capere possit, demonstret sic ait, *idest cum sui juris fiat*, ità docens, quod nisi sui fiat juris capere non poterit in *l. mulier 22. D. ad Trebell.in l.si ita quis 15. D.quando dies leg.cedat l.Dominus 39.l.eum qui 56.§.qui sibi l.quid dicitur 130.de verb.obl.l.donationes 31. §. pater D.de donat.l.2.§.ult.D.pro herede* quibus omnibus *Faber* nec ausus est respondere, nec habuit quid responderet, nisi meras nugas, quas præcipuè agit sub *num.6.* dum videns quod in citata *l.donationis 31.§.pater*, alijsque juribus scriptum est, donationem inter patrem, & filium non cõsistere, quoniam videbat ex hoc sequi apertissimè quod filijfamilias prorsus fuerant incapaces, nam alioquin si non fuissent, utique constitisset donatio, nam pater donando filio, quam maximè vult illum potiùs habere cui donat (ut & omnes, qui donant volunt *l. 1. D.de donat.* quam ipsum.)

15 Ait *Faber* ideo ita esse, quia in donatione obligatio, inter donantem, & donatarium contrahitur, at hæc obligatio intèr patrem, & filium consistere non potest; nec advertit ita prorsus nugas agere. Primum quia cum donationem traditio sequitur, nulla alia obligatio est, ideòque nec contractus est *l. Aristo 18.in principio, & in §.ultimo l.quæ libertis 8.D.de donat.* unde saltèm cum donationi traditio accederet, valere donationem inter patrem, & filium dicere debuissent Juris Consulti, & *Imperatores.* si non aliud esset, quod validitatem impediret quã obligatio, & debuissent non ita indistinctè pronunciare donationẽ non valere ut in *l.donationis 31. §. pater D.de donat.l.2.§.ultimo D.pro herede l.2 C.de inoff.l.cum de bonis 11.l.sive emancipatio 17. C.de donat.l.si donatione 13.C.de collat.* Et *Valenza* ex pluribus Interpretibus notat *n.76.*

12 Cujus dictis addo ego adeo verum esse quod obligatio non illa est, quæ irritam nullamque donationẽ facit, quod cum nullus obligationi locus, & cum traditio intervenit adhùc invalidam donationem dixère, *Imp.* in *l.cum de bonis C.de donat.* in qua intervenisse traditionem facile intelligimus ex illis verbis *Textus partem quidem penes se retinuisse, partem verò in eum, quem in potestate habes donationis titulo contulisse*, in quibus contulisse, & retinuisse opponũtur; atque ita traditionem factam partis rerum exprimitur.

His accedit quod cum *Faber* velit obligationem quæ inter donantem, & donatariũ nascitur eam esse, quod donãs præstare teneatur quod promiserat, & donaverat, hęc obligatio non poterat habere locum in specie *d.l.donat.§.pater*, nam dum in ea dicitur quod donatione non ademptum peculium fuit, non obscurè supponitur quod peculium penès filium erat, unde traditione non opus sicut, & in *l.2.§.ult.D.pro herede*, nec traditione opus, nec locus obligationi; nàm possessio penes filium erat, & tamen in his omnibus juribus invalida fuit donatio.

Secundo nugas agere *Fabrum* ex eo constat quod suo semet gladio jugulat, ut *Valentia* advertit, & asserens, quod inter patrem, & filium contrahi obligatio non potest, jam fatetur filium acquisitionis etiam volente patre incapacem esse; nam qua de causa, patre volente non contraheretur obligatio, nisi illa, quod statim, quod obligatio foret filio acquisita per eũ, ipsimet patri acquireretur, & ne momento quidem in persona filij sisteret, & ex celebri *Africani* Responso *in l. frater à fratre D.de cond.indeb.* vulgatum est: igitur si ex eo non contrahitur; quia non sistit; ex eo non contrahitur; quia acquisitionis filius incapax est, etiam patre volente.

13 Sed quia *Bartolus* quoque quem Repetentes sequũtur jam adnotaverat *ad l. qui in aliena 6. & l.placet quotiens 78.D. de acquirenda hæreditate*, & ex eo *Arias Pinellus ad l.1.C.de bonis maternĩs par.1.n.10.* quod jure veteri filijsfamilias non fuère acquisitionis capaces, ideo Nostri omnes, & in *Foro* id ipsum admisère cum *Cephalo cons.69.n.13.par.1.* alijsque, verum enimvero ita admisère, ut neglecta accurata distinctione, inter jus Digestorum, & Codicis utriusque juris dispositionem miscuerint. Cęterum hujusmodi incapacitatem ortam in filiosamil. ex vi patriæ potestatis, & hujus præcipuum esse effectum inter alios quos luculentèr exponunt *Paschalis* in suo illo *de patria potestate* tractatu *cap.3.* & passim, & ibidem *Pratus* in adnotationibus observarunt.

14 Illud tamen plerisque singulare esse videtur quòd quidam tradunt: quod cum pater furiosus existit, quasi jus patriæ potestatis ex illius furore hebes fieret tũc possit absq; patris, (qui nec jubere valet) jussu, filius hæreditatem adire, sibiq; eam acquirere, ut *Bart.singul.81.P. Ravenna singul.9.* adnotatum reliquère; cum tamen si filius nõ adierit, & patre furioso existente, decesserit non posse patrem post filij

mortem adire idem *Bart.* docuerit *in l.8.C.de bonis qua lib.*

15 Postremo his quæ dicta sunt erunt, & quædam adiicienda, & primò quod cum hæreditatem quis jussu alterius adit, puta filius jussu patris & si adeundo alias posset sibi acquirere, nolle tamen in proposito *Pragmatici* omnes præsumunt ex *l.qui in aliena 6. §.si quis, qui putabat D.de acquirenda hæreditate*, & ex *Bartolo, Bald.* & Repetentibus ad eam *Alexandro conf.58. Roman. conf.91. Castrensi conf.262.* & similibus.

16 Secundò adiiciendum, quod is, qui alteri acquirit, acquirit eo modo, quo sibi acquireret si non alteri quam sibi quæsiisset: unde qui non necessarius hæres testatori fuerat, si jussu patris adijt hæreditatem; quia non talis ipse, nec talem patrem facit, *Vasquius de success.creat.§.21. n.220.* & DD. quos adducit *Alphano in reportatis suis n.208.*

Tertiò adiiciendum quod aliquando alteri per nudam animi destinationem acquirimus, quod quomodo eveniat, & quãdo *Menochius lib.4.præsumpt.99. num.11. Ludovic. comm.concl.44.et Fachin.contr.6.c 96.* abundè explicant.



CAPUT XII.

De expositione tex. in l. Pomponius Philadelphus 35.D. famil. ercisc.

SUMMARIUM.

1 *A Regula quod filij familias fuerint incapaces excipitur filiafamil.quæ capax dotis.*
2 *Contra sentit Faber hic post quosdam antiquos.*
3 *Eius sententia jam rejecta à Fachin.*
4 *Referuntur sigillatim illius dicta.*
5 *Explicat. l. Pomponius Philadelphus, & Respondetur Fabro.*
6 *Repetentium, & Pragmaticorum sententia.*
7 *Ex horum opinione filius quoque capax acquisitionis nempe donationis contemplatione matrimonij.*
8 *Notatur Catellus.*

1 Excipitur à Regula superiori capite proposita, & à nobis adversus *Fabrũ* defensa Dos quę filiabus familias datur, nam huius omnium cõsensu receptũ est ipsas filias fuisse capaces sicuti & donationis eiusdẽ dotis causa factæ quod omne dotis favor expostulabat, & non obscurè in Juris Consultorum Responsis nobis traditum extat præcipuè *in l. Pomponius Philadelphus 35. D.familia ercisc. secunda in l.Gajus 45.D.soluto matrimonio in l. uxorem 41. §. testamento, quo filium D.de leg. 3.& in l.dotem 6.D.de collat.bonorum*, ex quibus ità plerique ex veteribus sentiunt post *Accursium in l.2.C.de inoff.donat. Bartolum in l. frater à fratre D.de cond. indebiti*, & plerique etiam ex Neotericis post suum Principem *Jacobum Cujacium lib.12. respons. Papiniani ad dictam legem Pomponius.*

2 At in contrariũ stat Noster *Faber*, & qui voluit antiquo jure filiosfamilias acquisitionis capaces fuisse, dotem nunc donationemq; dotis causa excepit, & in causa magis favorabili rigidus effectus has miseris filiabus denegandas hic contendit, & cum videret adversus se stare citatum tex. *in l.Pomponius Philadelphus*, varijs subterfugijs illum vitare varijsque modis eludere tentat assumptis his, quæ tradidère *Fulgosius ad dictam legem Pomponius n. 3. ad l.1.n.141. D.soluto matrimonio, Alciatus ibidem n.8.& Tellius num.7.*

3 Sed quamvis adductis commentis opportunè occurrerit *Fachin.lib.13.contr.cap.60.* ego ne imponere nobis, *Fabro*, & iniquam sententiam fundare liceat sequentibus agam.

4 Itaque ait in specie *Papiniani* neque dominium, neque possessionem filiæ quæsitam fuisse ea de causa quia revera, nec donatio valebat, quanquàm dotis nomine: nec traditio juvabat, quæ ipsi filiæ, non genero, cui debuisset, facta fuerat. Verumenimverò contrà expressa Juris Consulti verba id asseverat *Faber* nam dum *Papinianus* fassus est in possessione filiam fuisse, & concedit specie dotis cujus capax erat potuisse filia defendi, iam asseverat, & dotis capacem filiam adeoque donationis dotis causa, & justè possessionem corporum nactam, quam defendere sibi poterat, cum aliàs si aut injustè possessionem adepta foret, aut nulliter, & proinde non adepta nec defendere nec retinere filia eã potuisset.

Quod si dicas cum *Fabro* adeptam quidẽ possessionem hanc filiam, sed iniustam, sed nulliter ideoque *Papinianum* illius possessionem naturalem appellasse. Respond. *Fachin.* & rectè, appellatam per emphasim à *Papinian.* naturalem hanc possessionem apposité, & suo consueto more, ut non nudam insistentiã sed veram realemque possessionem significaret.

Preterea quod de traditione subiecit *Faber* levissimum est, & floccipendendum tum quia plerumque traditum filiæ dicitur, quod ei in dotem datum, licet marito traditum, tum etiam quia non malè mulieri tradebatur, ut ab ipsa postea in dotem marito daretur; quod exploratum est.

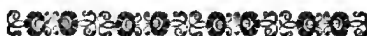
5 Secundò ait *Faber* quod concesso quod filia

lia in corporali fuerit possessione hoc tamen non ad aliud eam juvabit quam ut posset ab Arbitro familiæ erciscundæ obtinere retentionem; sed non per hoc sequebatur in ejus beneficium factam valere donationem, & doris fuisse mulierem capacem: Respondeo quod animadvertere debuerat in *Papiniani* specie, quæsitum fuisse an prædia præcipua filia retinere posset, & conclusum posse; hoc autem non aliam ob causam nisi quia suppositum, pro certoque habitum valuisse donationem, nam alioquin si illa invalida, & tantummodo proponenda arbitro familiæ erciscundæ, ut voluntatem Patris dignosceret, utique potuisset solù ex ea cũ de hæreditate dividenda agebatur impetrare filia, ut in hæreditatiam portionẽ hæc prædia sibi assignarẽtur, non autem ut ea præcipua haberet; nam hoc, nonnisi valida donatio operari potuisset, & proinde cum non de retentione intra hæreditariam portionem, & de imputatione in *d.l.* quæstio, & decisio sit, sed an prædicta prædia præcipua habere filia possit, & hoc affirmatum, sequitur affirmatum quoque validam donationem, quæ specie dotis posset defendi.

6 Sed à *Fabro* ad Repetentes, & Fori incolas deveniendo invenimus quod ipsi quanvis, ut suprà monuimus acquisitionis incapaces fuisse veteri jure filios familias credidèrint, adeòque & donationis quoque, ut *Menochius* scribit *de arbitr. lib. 2. casu 132.* & *Cutellus de donationibus* præcipuè *discursu 2. par. 13.* limitant tamẽn dicta in donatione à patre filiæ facta dotis causa; quam consistere volunt, etiam jure Digestorum inspecto ex hac *l. Pomponius Philadelphus 35. D. familia erciscundæ*, alijsque concordantibus adductis à *Glossa in l. 2. C. de inoff. don. Bartolo in l. frater a fratre D. de cond. indeb. Jasone in l. si extraneus num. 6. D. de cond. causa data, Corasio in Repetitione ad dict. legem frater a fratre*, alijsque apud *Petrum Barbosam in l. 2. §. quod si in Patris D. soluto matrimonio*: unde passim in ore Nostrorum filiam familias dotis, & antiquitus, & ad præsens capacem esse, ut videre est apud *Baldum Novellum de dote par. 7. privil. 80. Menochium præsumpt. 39. num. 74. lib. 3. Castillum decis. 51. num. 8. & decis. 106. num. 10. Mastrillum decis. 250. nu. 74. Molfesium ad Consuet. Neapolit. tit. de renunciatione quæst. 7. num. 16. & quæst. 10. num. 3. & cons. 11. Fontanellam de pactis nupt. claus. 4. Glossa 1. num. 10. Gratianum discept. cap. 297. num. 3. & cap. 984. num. 24.*

7 Ex hoc autẽ quod filia dotis capax est, poterit jam deduci, quidquid sit de incapacitate filiorum familias quoad cætera, illos quoque capaces donationum à Patre contemplatione matrimonij factarum hasque validas, & irrevocabiles esse, ut *Molina de ritu nupt. lib. 3. quæst. 2. sect. 2. num. 22. Reg. Merlinus contr. 2. contr. 34. & Arias de Mesa variarum lib. 3. cap. 17.* pluribus ostendère, quod & faciunt *Altomarius ad Rovitum cons. 15. lib. 2. & Cutellus de donat. discursu 2.*

8 *par. 15. à num. 6.* qui tamen in *num. 4.* antecedenti, nescio qua motus ratione asseruerat *Fabri* expositionem, quam hic attulit ad dictam *l. Pomponius Philadelphus Genuinam esse, & literæ amicam*: Siquidem & si illa ab eodem *Fabro* alibi quoque defensa, & ante ipsum ab antiquis quibusdam tradita, nempè à *Castrensi, Ripa, Alciato, Fulgosio, Tello* item & à *Pragmaticis* nonnullis amplexa, ut sunt *de Ponte cons. 80. nu. 10. Mantica de tacitis lib. 13. tit. 4. num. 12. & Rovito citato cons. num. 7.* ut idem *Cutellus* advertit; attamẽn vel ex hoc uno apparet violentam esse, & literæ inimicam, adeòque nec genuinam, nec medullarem, quod eum *Papinianus* concludat in hac *l. Pomponius* filiam specie dotis posse defendi, explicatio illa ab opposito cõcludit nõ posse defendi, ut ostẽdimus suprà: ideoq; in foro, & & magis communitèr rejecta, ut idem *Cutellus* fatetur, & *Faber in suo Codice* decisum attulit *lib. 8. tit. 34. defin. 1.* Reliqua ad materiã hujus donationis, & de revocatione ipsius sicuti, & de Jure quod filij nasciturì, habituri in ea sint, & quid de uxore, an, & ipsa aliquid acquirat, super rebus donatis, videas citatos Doctores, præsertim *Cutellum. Altomarium, & Menochium*.



CAPVT XIII.

De Rei pupillaris usucapione ad tex. in l. nunquam 31. D. de usucap.

SVMMARIVM.

1 *Quæ in principio hujus Capitis Faber proponit vulgaria sunt.*
2 *Quid de Vsucapione rei pupillaris sentiat Faber.*
3 *Sed adversatur Juris Consultorum dictis.*
4 *Explicatur l. nunquam Vsucapionibus 31. D. de Vsucap.*
5 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
6 *Filius legitimatus ab non habente potestatem habetur ritè legitimatus.*
7 *Error juris dubij aquiparatur errori facti.*
8 *Præscriptiones possunt tolli à Principe, sed non à Judice, vel Arbitro.*

1 Quæ in principio hujus Capitis proponit *Faber* de usucapione, atque de errore Juris, aut facti ad *num.* usque 4. prorrita sunt, & in proclivi apud omnes Interpretes, sunt etiam *Mutuata*, ex scriptis à *Didaco Covarr. in cap. cum possessor in 2. parte* §. 7. *n.* 10.

2 Ea vero quæ asseruntur à *num.* 4. usque ad finem capitis propria *Fabri* esse videtur, sed ut cætera inania aut falsa; etenim dum conatur in illis probare quod qui rem alienam à pupillo, absque tutoris authoritate emit, usucapere possit, adversatur J. Consultorum Re-
3 sponsis in quibus cum hæc quæstio de emptione rei pupillaris à pupillo vendente facta proponeretur, distinguit solet, ut in *l.* 2. §. *si à pupillo* 15. *D. pro emptore* intèr eum qui existimabat pupillum puberem, & eum, qui è contrario sciebat pupillum esse; & primo casu dicitur posse emptorem usucapere, in secundo non item; & si in jure errasset, credens pupillis licere vendere absque tutoris authoritate sicut similitèr dici solet in venditione rei alienæ ab eodem pupillo facta, nempe tunc qui emit posse usucapere, si credat pupillum vendentem puberem, at si sciat pupillum esse quanquàm res non illius fuerit, usucapere eum non posse; nam quod res vendita aliena fuerit ne quidquam movet; quoniam si scit emptor alienam esse, vel ex hoc capite, quia in mala fide est, usucapere non potest; at si ignorat, scit tamē à pupillo emere, & quia in Jure errat, si credat pupillos vendere posse: usucapere etiam vetatur. unde ex his constat; quod non rei veritas, sed ipsius emptoris opinio obstat, ne usucapere possit.

4 Illud vero quod scriptum extat in *l. nunquam usucapionibus* 31. *D. de usucap.* adeò apertè *Castrensis*, & *Covarr.* quinimmò, & communem probat sententiam, ut non effugiat *Faber*; asserendo tractari ibidem de Re pupillari, hoc enim aut ei negandum est, sequendo Receptam explicationem, aut si concedendum, non perindè sequetur aliud dictum fuisse Juris Consultum in Re aliena eodem modo vendita, ut gratis assumit ipse *Faber*, quis enim non videt, quod idem dicturus fuisset J. Cōs. si res aliena vendita proponeretur; dùm ut dictum est, aut scivit talem esse, & non usucapiet emptor, aut ignoravit, credens, eam pupillarem esse, & eum tutorem in principio non adhibuerit, quem in ipso venditionis contractu adhibere debebat, & totius tractati facere certiorem, ut *Cujacius* disertè observavit tùm in *comment.* ad locum, tùm *obser.* 13. *cap.* 31. in mala fide est.

5 At cum, ut ipsemet *Faber* fatetur Interpretes omnes recipiant allatam distinctionem in usucapione rei pupillaris, & velint esse Regulam, quod error Juris circa tituli validitatem non operatur bonam fidem, ideòque in usucapione prodesse nequit, ut concludunt *Glossa, Bartolus, Castrensis, Scysellius, Parisius, Albanus, Romanus*, & similes ad hanc *l. nunquam* 31. & *ad l. Celsus D. de usucap. Duenna in Reg.* 155. *Felinus*, & *Canonistæ in cap. de quarta de præscriptionibus*, illud investigandum esset, an & *Pragmatici* quoque ita sentiant, & quanquam ipsi, saltem in hoc Regno, non admodum usucapioni deferant, tamen eamdem Regulam videntur admisisse ex *Covarr. in citata Regula cum possessor de præscript. par.* 2. §. 7. *n.* 10. & *Ozascho decis.* 101. *n.* 20. Cū
6 tamen Nonnulli ab ea recesserint, præsertim Canonistæ in ea specie, de qua *Rota Romana* apud *Puteum decis.* 91. *par.* 1. & *Marta in Cōpendio decisionum tom.* 3. *in tit. præscriptio cap.* 61. nàm eum in ea proponeretur spurium quem patri non succedere Jura volunt legitimatum, & si nullitèr scilicet ab eo legitimatum, qui facultatem legitimandi non habebat, attamèn etsi in hoc Juris error versetur, prodesse tamen eidem spurio bonam fidem conclusum fuit, ideòque potuisse Patri succedere.

7 Quod si error quidèm juris sit, sed juris dubij æquiparari hunc errorem errori facti ideoque prodesse, *Cravetta* scribit *cons.* 279 nàm quod facti error juvet vulgò receptum est, ut restatur *Ægidius Bellamera conclus.* 74. quod adeò quibusdam placuit, ut affirmaverint justum facti errorem, vel pro titulo habendum *ex Afflicto decis.* 374.

8 Denique illud quoque notandum, quod exceptiones hujusmodi usucapionis, & præscriptionis licèt tolli à Principe possint *Ozaschus decis.* 56. *num.* 15. & *decis.* 102. *nu.* 2. attamèn à Iudice, aut arbitro licet huic ex æquo, & bono judicandi potestas dara, auferri ab habente non poterunt, nec de medio tolli *Cravetta consil. par.* 1. *num.* 27. & *Menochius de arbitrarijs lib. primo quæst.* 49.



CAPUT XIV.

Ad tex. in l. si unquam C. de revoc. donat.

SUMMARIUM.

1 *Constitutio in l. si unquam est de libertis, sed an possit ad omnes donatarios porrigi, communiter affirmari solet.*
2 *Idque cum ratione.*
3 *Sed non verum quod id quod statuit Constantinus, sentiere Iuris Consulti ante ipsum.*
4 *Explicatur Papinianus in l. tale pactum.*
5 *Item*

5 *Item in l.cum Avus.*
6 *Explicentur Justin. in l. cum acutissimi, & quid novi constituerit.*
7 *Refelluntur Fabri obiectiones adversus communem sententiã, & Constitutionem Imper.*
8 *Justinianus in l.fin.C.de revoc.don.non omnes causas revocandi donationes, sed modos probandi ingratitudinem comprehendit.*
9 *Nostri distinguunt inter filios, & reliquos donatarios.*
10 *Cum filio facta donatio revocatur quo ad legitimam fratrum.*
11 *Sed quia inofficiosa.*

1 CONstantini, & Constantis Rescriptum, quod extat in *l.si unquam. 8.C.de revocãdis donationibus.* de libertis loqui cuique patet, & donationem à patre filios non habente libertis factam revocari postea, si donans, filios susceperit constituere apertissimum est. sed an quod de donatione libertis facta cõstitutũ est, possit etiam ad factam alijs personis protrahi, jam diù est quod controvertunt Interpretes, & quanquam, magis communitèr in affirmativam sententiam tandem itum sit, non defuère, qui reclamarent, præcipuè, è *Canonistis* plerique, ut sunt *Gl.in cap. ult.17.q.4.& in cap.ult.de don.* & ibidem Innocentius, Hostiensis, ac Civilistæ nonnulli inter quos fuère *Cinus, Guliel.de Cuneo, Baldus, Raphael, Fulgosius,* & alij, quos qui nosse vellt, adeat Andream *Tiraquellum* varia doctrina, & legali prudētia copiosissimè instructum in suo Commentario ad hanc *l.si unquam ver.libertis num.*32.*C.de revocan. donat.* sciatq; etiam ultra antiquos adductos à *Tiraquello* adversus receptiorem sententiam, ut dictum est, reclamasse ex Neotericis *Cornisium 7. Miscellan.cap.*30.*Connanum in comment. lib.5. cap.*10.*Donellum, & Osualdum* 14.*comment. cap.*32. & prædictorum sententiã *Fabro* placuisse; ideoq; quibusdam ex citato *Tiraquelli* locomutuatis conatum esse ea in præsenti, & in sequenti capite defendere.

2 At ego quoad ipsam quæstionem, an scilicet producenda sit dispositio Rescripti in *d.l. si unquã*, à libertis de quibus loquitur ad alios donatarios; arbitror communi sententiæ assentiendum esse; nàm illa, & rationem perspicuam habet & cæteris paribus majorem præsefert. Non ideò tamèn assentiendum

3 volo his, quæ *Carolus Molineus* impius homo, & malè de jure meritus de suo adiecit; nẽpe quod ante Constantini, & Cõstantis Constitutionẽ illud idem quod postea hi rescripsère placuerit *Papiniano*, alijsq; J.C. Siquidem, & si placuerit quibusdam ob filiorum postea natorum affectionẽ, quædam esse admittenda, & quædam nequaquã restituenda, ut videri potest in his Responsis, quæ *Tiraqu.* congerit ubi suprà in principio *legis n.*3.*& n.*9. attamen nulli eorũ unquam in mentem venit de donatione ità sentire, ut Constantinus postea, & Constans primi constituère.

4 Igitur primò, quod ait *Papinianus in l. tale pactum* 40. §.*ult.D.de pactis* (quo Responso nõ primus *Molineus*, sed longè ante ipsũ *Baldus, Albericus*, & alij ad hunc tractatum *legis si unquam* usi sunt) facit quidẽ, ut intelligamus, quod liberis tandem susceptis, nos jura nostra presumere, & denuo habere possimus, at tantũ abest, ut id ipsum quod Cõstantinus dicat ibi *Papinianus*, ut potiùs cõtra id quod Rescripto constitutum postea fuit, ratiocinetur, cum enim *Imper.* statuerint, Revocari donationem ipso jure, ut *Accursius*, & cæteri omnes observant, & ex ipsis diffusè *Tiraquell. dicto tractatu in vers. revertatur. Papinianus* non solũ non ipso jure, & exceptionis ope repetitionem concedebat, sed fassus omnem etiam exceptionem deficere tantummodò doli exceptionem accomodabat, quæ datur eũ nulla subest; hoc autem ideo quia supponebat non infirmata ipso jure gesta, sed adhùc *Susceptis liberis* valere, & firma esse, Verum opposita exceptione doli infringenda; quando *Imperatores*, vice versa lata postea Constitutione statim omnia infringi, & rescindi voluère, quod sanè non J. Consultorum, sed *Imperatorem* erat statuere.

5 Secundò, & si in *l.cum Avus D. de cond. & dem.* utatur eodem motivo, eadem scil. pietatis coniectura *Papinianus*, & ex hoc intelligamus, etiam J. Conf. detulisse non parum filiorũ affectioni, & hoc ex naturali in liberos nostra propensione unde conjecturã hanc vel *Papiniani* judicio probatam, laudavit *Justinian. in l.cum acutissimi* 30.*C.de fideicomm.* qui tamen (ut hoc interim moneam.) Nequaquam à *Papin.* quod in fine suæ Constitutionis addidit de proprio, motivum illud, *ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere*, Sed dũtaxat Regulam quod liberorũ affectioni indulgendũ sit accepit; & proinde cum idõ *Just.* constituit, gravatũ restituere; intelligit de gravato si sine liberis decesserit; nã, & si à *Papin.* Responso aliquid impulsi exceperit nõ tñ omninò, illud ipsum quod *Papin.* Rescripsit. Hinc & si *Papin.* indulserit affectioni, & cõjectura pietatis usus sit erga instituti gravatique liberos in specie proposita, nã credidit testatorem eadem ratione, qua nepotem dilexit, & instituit insimul cum filio, censendum, & nepotis filios dilexisse, ideoque eos etiam hæredes esse voluisse post patris mortem in paterna portione; *Justinia-*

6 *nus* autem noluit se restringere ad *Papiniani* speciem, & ad casum illum dumtaxat in quo tractaretur de descendentibus testatoris institutis, Sed voluit Rescripto generali ad omnes

nes casus, pertinere .s. etiam ad eos in quibus extranei ipsi testatori instituti proponerentur, & adiecit rationem ne videatur testator, alienas successiones proprijs anteponere, idest ne videretur jubere ut hæres ab eo institutus alienas soboles proprijs ipsius hæredis anteponat, & proinde rectè percepisse dicendum erit *Tribon.* & *Iustin.* Responsum *Papin.* Sed voluisse illud, ut facere poterant, protrahere, & conjectutam pietatis quam ex persona testatoris, & institutorum desumpserat *Papin.* locum facere inspecta tantummodo gravati persona, ejusve naturali affectu, & ingenita ad propriam sobolem propensione. At quanquam ut dicebamus ex *d.l.cum Avus* alijsque similibus J.Coosultorum cõcordantiũ Responsis appareat notissima Juris Consultis pietatis coniectuta, & longè ante Constantinum accepta non tamen dicendum erit & ipsos sentijsse, quod Constantinus postea voluit neque Respondisse quod citra constitutionem respondere non poterant, donationem perfectam ob filiorum supervenientiam ipso *jure* revocati.

7 Cæterum cum hoc jam fuerit ab *Imperatore* statutùm, frustrà torquetur *Faber* io inveniendis rationculis, ut quod sancitum est non rectè sancitum ostendat; quando sufficit ità sancitum esse; quamquã, & si an sanciẽdũ foret deliberaretur, adhùc quæ affert nullius sunt momenti. Et primò quod is, qui donat dum potiùs alium, quam seipsum habere vult, eadem ratione potiùs illum cui donavit, quã filios proprios habere voluisse credendum sit, levissimum est, & reiciendum, tùm quia non temerè, nec contrà charitatis ordinem dicitur parentes magis filios suos, quam seipsos diligere, dum magis in eo dolent, & torquetur, quàm in se ipsis, ut juris prudentiæ, & historiarum locis congestis ostẽdit copiosè *Tiraquellus ubi supra in principio l.n.*10. & sequentibus, tùm etiàm quia rem quam donavit non simpliciter, sed conditionaliter donasse creditur, & eamotus causa quoniam liberos non habebat, nã ita supponit legislator, ab his quæ frequentius accidunt, & à politica ratione quod ita esse debuit: unde hoc argumentum non stringit, voluit potiùs alium, quam se habere; ergo voluit potiùs alium habere quam filios; siquidem ad antecedens dicetur voluit quia filios non habebat quos nunc habet, igitur, & si pura quidem donatio sit cõparata illis donationibus, quæ conditionem expressam habent impositam ab homine; Non tamen pura, & absoluta existimatur cum conditionem habeat ab ipsa natura, ab ipso legislatote eidem imposita.

Porrò multò minus stringit, & altera ratio quod non ad liberos perveniat revocata donatio, sed ad ipsos parentes revertatur, qui reversa bona filijs relinquere non coguntur; nam Respondemus legem de parentibus optimè præsumere, & ex commune parentum voto eredere eos bona donata, aut liberis relicturos, aut pro educatione eorum eisdem bonis, & communi substentatione in posterũ usuros; quod si aliter eveniat quia parentes minùs quam parentes; nõ ideo lex iniqua esse debuit, aut exorbitantissima, & vel iniquè revocationẽ donationis non concedere, vel exorbitanter juris Regulas labefactare, & filios natos, & in patris potestate existentes acquisitionis capaces facere.

8 Tandem quod *Iustin.* intèr causas revocãdi donationem liberorum susceptionem non numeraverit in *l.fin.C.de revoc.donat.* nil movet; in ea enim Constitutione unam tantùm causam non omnes revocandæ donationis proposuit, nempè ingratitudinem, & explicavit deinde quibus modis in eam incideretur; unde Constitutio illa *Iustiniana* non comprehendit causas revocandi, sed modos, quibus committitur ingratitudo illa, ex qua donatio revocari posset, ne in dubium relinqueretur, an quis jure dicendus foret ingratus nec nè, & donantes quos pęnitebat ejus, quod fecerãt causar ẽtur, donatarios sibi effectos ingratos, quando tales non forent; unde modos quibus quis probatetur ingratus taxavit ut & *Graci*, precipuè *Isodorus* notat in *Scholijs* ad *d.l.final.lib.*47.*Basilicorum tit.*2.

9 Sed impio *Molineo* multò meliùs *Pragmatici*, cum quæritur, an donatio facta contemplatione matrimonij revocari possit per liberorum supervenientiam in terminis *l.si unquã C.de revocandis donationibus* distinguere solent, inter personas ipsas, quibus donatio facta proponeretur; & siquidem extranea fuerit persona donatarij tunc statim, revocationem admittunt; sed non ita dicendum volũt si non extranea, sed æquè conjuncta ex. gr. si filio donatum fuisset, eam revocari nequaquã posse volunt, quod ei donatum, eo quod alios filios postea donator susceperit, nõ enim ad filium donatarium pertinere quod disponitur in hac *l.si unquam* de susceptione filiorum, & revocatione donationis contendunt cũ *Molina de ritu nupt.lib.*3.*cap.*6.*n.*81, *Barbosa in l.*2.*p.*1.*in princ.n.*164. *D.soluto matrim. Fontanella de pactis nupt.cl.*5.*Gl.*8.*p.*3.*nu.*78. *Cutello de donat.disenrsu* 6.*n.*3. Nec contrà est quod *Papouius* attulit *lib.*11.*tit.*1.*Arresto* 20. nam illud peculiarem habuit tationem ortam ex ingratitudine, & impietate quæ in facti circumstantijs versebantur.

10 De reliquo cum donatio facta uni ex filijs adeo immodica fuerit, ut reliqui fratres demum nati, legitimam non sint habituri tunc infirmandam eam esse, quoad po-

postea natorum legitimam scripserat *Covarr. variarum resolut.cap.* 19.*lib.*1.sentiens idipsū, & si donatio piæ causæ fuisset facta, ut & *Fontanella de pactis nuptialib. Glossa* 4. *cl.* 8. *par.* 3. *nu.*18. quanquam non desint qui non tantum ad legitimam usque, sed usque ad virilem, revocationem donationis extendant post *Ripam* ad hanc *l.si unquam quæst.*47. & *Tiraquell.in ver.libertis nu.*77.*vers.attende lector.*

11 Revera tamen cum donatio revocatur ad legitimam usq; filiorum posteà natorum, tunc id non evenit vi *Constitutionis hujus l.*7.*si unquam*, sed quia inofficiosa est, & tamquam talis revocanda etiā favore filiorum natorum ante donationem; id enim exposcit inofficiosi querela cui donatio exposita, quod & *Faber* advertit *in suo Codice lib.* 8. *tit.* 36. *de revocandis donationib.defin.*5. & antè eum *Tiraquellus loco citato*, advertit quoque *Cutellus in suo tractatu* 2. *discursu primo speciali* 3. *n.*3. ubi plura ad materiam.



CAPVT XV.

De eadem Re.

SVMMARIVM.

1 *Communis sententia de producenda Constitutione l.si unquam. ad quascunque donationes asseritur.*

2 *Ratio quæ in contrarium Fabrum movit.*

3 *Parum urget.*

4 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*

5 *Quæstio utrum possit hanc l.si unquam. renunciari, in decisa.*

6 *Altera quæstio utrum defunctis liberis postea susceptis donatio revocata per eorum susceptionem reconvalescat. Anceps est.*

1 SED cum ex Superioribus constet rectè à *Constantino* constitutum, & si noviter ut susceptis liberis à donante facta donatio revocetur; Remanet ut pauló latiùs investigemus, an hoc ipsum rectè Interpretes à donationibus libertis producant ad exteras omnes donationes quibusvis personis factas, & rectè producere plura sunt quæ suadeant.

Primò ex *Justiniani* voluntate, nam sciens suo tempore libertos, aut nullos, aut admodum paucos esse, hoc Rescriptū voluit in suo Codice transferri quando si illud ad libertos santummodò pertineret, jam fere in dissuetudinem abierat, & quæ per dissuetudinem abrogata non erant in novo Codice reponenda justa præscripta in Epistola *de novo Codice faciendo*. Secundū ex identitate Rationis; nam cum neque leges, neque S.Consulta ità scribi possunt, ut omnes casus comprehendant, ideo ut ait ex *Pedio Vlpianus in l.*13.*de legibus*, quotiès lege unum, aut alterum introductum est, bona occasio est extera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certè Jurisdictione suppleri. Sanè ad eandem utilitatem tendere Interpretum sententiam nemo non videt.

2 *Faber* autem has, & similes Rationes excludit, & innititur eo prætextu, quod *Constantinus* sanxerit ità, quod in civile sit libertum donationis viribus subnixum summo jure agere cum patrono, cui non solùm reverentiam debeat, sed etiam vitam, & quæ dulcior vita est, libertatem; sed tamèn prætextum hoc licèt jam antè *Fabrum* prævisum ab Interpretibus fuerit, longis etiam, & varijs argumentis confirmatum à *Tiraquello d.ver. libertis num.* 25. parum nunc urget, nec adversùs

3 receptam sententiam concludit; aut enim in libertis consideramus reverentiam patrono debitam, aut gratitudinem ob libertatem acceptam, & cum utrumque deberet patrono libertus etiam antequam ille liberos suscepisset: dicemus ex eadem rationis paritate, quod & si liberos non susceperit patronus, velletque donationem revocare, in civile erit nec concedendum liberto, ut viribus donationis innixus cum patrono contendat; an dicemus, quod ridiculum est majorem reverentiam, & gratitudinem à liberto præstandā patrono, qui liberos habet, quàm ei qui liberos non habet? Quod si ad liberorum ut par est referendum erit, quod revocari possit donatio, aut ad aliam similem causam, omninò concedendum erit ex liberorum susceptione, Quibuscunque factam donationem posse revocari.

Sed hæc ad *Fabrum* sufficiant, nam extera quę in *Papinianum in d.l.tale pactum* congerit, ad Rem hanc de quo agimus non pertinent. Et satis diximus de illis capite antecedenti. Videndus etiam ei qui volet *Osualdus* in notatis ad *Don. lib.*22. *c.*4.*lit.A.*

4 Proindè veterum Interpretum scripta investigemus, nam inveniemus eos non ignorasse, quod citata Cōstitutio in *l.si unquam* de donationib. à Patrono libertis factis lata fuit, & de illis, non de alijs donationibus apertè locuta; cæterùm eum libertorū usus ferè apud Nos in dissuetudinem abierit, né otiosa Constitutio remaneret; Visum ipsis ejus dispositione utendum esse etiam eum donatio non libertis, qui jàm nulli apud nos, sed alijs facta foret, & hanc quoque per filiorum supervenientiam esse ad instar donationis factæ libertis revocandam; quamquam inter illos quoq; nun defuerint qui hoc negatent, & ad

alias

alias donationes non esse protrahendam Constitutionem clamarent, ut videre est penès *Tiraquellum in vèr. libertis num.* 32. sed horum sententiam communitèt rejectam cōstat ex *Julio Claro in §. donatio quæst.* 72. *Harprecht*, & Addentibus ibidem alijsque passim.

5 At illud controverti solet, utrum dispositioni hujus legis renunciari à donante possit, & promittere ratam habiturum donationem, & beneficio revocationis non uti, & si liberos post eam susceperit; nam quidam affirmant cum *Rota Romana in Novissimis decis.* 114. *par.* 1. alij negant cum *Mysing. cent.* 5. *obser.* 63. *num.* 10. *Gaillo lib.* 1. *obser.* 40. *num.* 11. Mihi tamen, hujus controversiæ decisionem pendere videtur ab alia quæstione, nempè ab illa quam supra proposuimus, utrū dispositio hujus legis fuerit favore filiorum posteà natorū introducta, nec nè; siquidem si favore filiorum sicut Pater cum donavit non potuit præjudicium filijs inferre, ità nec renunciando legis beneficio illis præstito; at si ob patris coniecturatam voluntatem, & quoniam non creditur cum donaturum fuisse, si de filijs cogitasset, donatio exposita fuit revocationi, dicendum erit huic coniecturæ locum non esse, cum Pater nō solū cogitans de filijs habituris sciens, & prudens donat; Sed promittit, quod & si illi demùm ei nascantur, adhùc ratam, firmamve donationem habebit.

6 Anceps quoque, & alia quæstio est, utrum susceptis liberis defunctis donatio revocata reconvalescat; nàm affirmant *Clarus ubi suprà quæst.* 23. *num.* 9. *Gomezius variarum* 2. *cap.* 4. *nu.* 12. *& Mozzius de contract. tit. ult. de donat. num.* 90. contrà negant post *Bartolum in l. Titia* 87. *§. Imperator* 3. *D. de leg.* 2. *Tiraquell.* ubi suprà item *Donellus in comment. in Codice ad hanc legem si unquàm*, *Fachinens contr.* 3. *cap* 90. alijque, quibus *Harprectus* assentitur in addirione ad *Clarum* igitur cum res non decisa, quisque poterit quam velit sententiam sequi, & reliqua ad materiam habebit apud *Tiraquellum* totiès citatum, item apud *Velascum decis.* 31. *lib.* 1. *Gabrielium comm. concl. lib.* 3. *tit. de donat. concl.* 2. *Diaz Regula* 313. *Guttierez de contractibus juratis cap.* 9. *Vivium lib.* 1. *comm. opin. ver. don.* 76. & similes.





CAPUT XVI.

Ad tex. in l. si debitor 59. D. ad Trebell.

SUMMARIUM.

1 *Modus tollendæ obligationis, confusio quare sultat ex aditione hereditatis.*
2 *Ratio cur inducta confusio.*
3 *Sed hæc non placet.*
4 *Nova assignatur.*
5 *Refutatur Fabri sententia quæ confusionem etiam naturalis obligationis admittit cum hæres invitus adivit.*
6 *Fundamentum Fabri.*
7 *Destruitur.*
8 *Alterum Fabri fundamentum.*
9 *Pariterque destruitur.*
10 *Confirmatur Responsio.*

1 Ex pluribus modis quibus tolli obligatio solet, unus eorum confusio est, eum scil. crediti, & debiti in eamdem personā fit concursus, unde sequitur interitus utriusque *l. debitori* 10. *D. de solutionibus*: hinc eum Debitor Creditori, aut è contrà creditor debitori succedit, aditione hæreditatis obligatio extinguitur *l.* 2. *§. cum quis l. si hereditatem* 20. *D. de hered. vel act. vend. l. si id, quod* 21. *§.* 1. *D. delib. leg. l.* 1. *§. si debitor D. ad l. falcid.* & similibus.

2 Et hoc ut existimant perspicua Juris Ratio suadet, quod cum hæres, & personam defuncti repræsentet, & in omne Jus illius succedat, ut in vulgata Regula tex. in *l. eum hæredes* 23. *in princ. D. de acquir. possess. l. heres, & hæreditas* 21. *D. de usucap. l. cum hæres* 11. *D. de diver. & temp. præscript.*, & concordantibus; quoties Debitor Creditori, vel è contrà Creditor Debitori succedit, si obligatio permaneret, sequeretur, quod unus idem sui ipsius creditor, & debitor fieret contrà traditiones Juris Consultorum in *l. ei, cui* 42. *in principio, & in §.* 1. *D. de evict. l. si vendiderit eod. tit. l. cum filio §. ipsi vero D. de legatis* 1. ut ex his, & alijs rectissimè de confusionis natura, & Ratione differunt *Hugo Donellus* 16. *Comment. cap.* 4: *Franciscus Duarenus ad tit. de cond. indebiti cap.* 6. alijque *Neoterici* præsertim *Valenza tractatuum illustrium lib.* 1. *tract.* 4. *cap.* 7.

3 At si verum sit, quod confusione nō solum Civilis, sed & naturalis obligatio extinguitur *l. frater à fratre D. de cond. indeb.* ubi Interpretes omnes *l. hæres a debitore* 25. *§. quod si stipulator D. de fidejuss.* Superiùs adducta Ratio

ratio de repræsentatione personæ defuncti, non admodùm mihi secura videtur respectu extinctionis naturalis obligationis, quidquid alitèr visum Nostris fuerit, & *Valentia* ubi suprà. Movent quia sicut naturæ repugnat, ut eadem persona in duas dividatur, ità & è contrà eadem repugnat, ut ex duabus personis unica fiat: unde quod ex personis debitoris, & creditoris, per aditionem hæreditatis una constituatur persona, id à jure civili, non à natura est, quę revera diversas relinquit, & uti separatas habet hæredis personam à persona defuncti. hoc autem cum ita sit remanere potest naturalis obligatio; nam quo ad naturam duæ sunt personę non unica, neque ex duabus quo ad naturam una facta est.

4 Potius ergo sumenda ratio confusionis erit ab ipsa Creditoris voluntate; (qua constitui, aut dissolvi aliàs solet naturalis obligatio) cum enim Creditor hæres voluntariè adit jam in se suscipit obligationes omnes defuncti, & illum potiùs esse, quàm seipsum mault, atque hoc faciens remittere creditū videtur, saltèm tacitè, & in consequentiam, quia non esse Creditorem, sed debitorem, elegit, & non in propria persona Creditoris persistere, sed debitoris in se alteram transferre desideravit.

5 Hæc autèm ratio cum nullo modo militet in hærede illo, qui cum nequaquā adire vellet, coactus adijt, sequitur quod ex aditione non voluntaria nec remissio oritur, nec intervenit confusio respectu naturalis obligationis, quæ intacta manet, ut concludit *Paulus in l. debitor* 59. *D. ad Trebell.* quod Responsum defendimus hic adversus *Fabrum*, qui ut persuadeat extinctam naturalem obligationem, etiàm cum hæres coactus adit; ità argumentatur.

6 Primò ait ex illis verbis *Pauli* in principio §. *Videamus autem ne, & pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione*; posse inferri non dubitare *Paulum*, quin sublata sit naturalis obligatio dum id supponit; ergò.

7 Sed fragilissimum est argumentum, nam ex ipsismet verbis satis apparet per modum dubitationis à *Paulo* ea prolata fuisse atq; conjunctim cum primis; quoniam illud porissimū erat quod in dubitatione veniebat, an scilicet sublata naturalis obligatio fuisset, unde quęsitum an pignus per naturalis obligationis extinctionem liberaretur? Sanè admissa *Fabriana* expositione, aut ineptus fuisset *Paulus*, aut nimis scrupulosus, & in sententia veritati, & æquitati nō conveniente ut *in tract. de pign. Bacovius lib. 5. cap. 2. n. 6.* dicebat, cur enim si sublata supponebat etiam naturalem obligationem dubitasset, an pignus liberatū foret? an dicemus, quod passim *Faber* inculcat, etiam, sublata naturali obligatione pignus consistere? Cum Regulæ juris obstent in quibus nil apertius dicitur, quàm pignus accessionem esse, ideòque sine obligatione quoquo modo, non consistere *l. si is qui* 33. *de pignoribus*, unde adjecto, & si solvi posse pignus non rectè datur; quia obligatio in ejus persona non consistit, ut latius docet *Donellus in tractatu de pignoribus cap.* 2. & cum *Justin.* ipse vel in elementis docuerit pignus rem esse pro debito obligata §. *item serviana instit. de act.* Unde sequitur ut non sit pignus ubi debitū non adsit naturalitèr saltem, pro quo pignus intervenire possit *l. res* 5. *l. quæsitum in fine* 13. *D. de pignor.* Concludendum itaque quod cum quæsivit *Paulus* an pignus obligatum maneret, nullo modo potuit supponere extinctam etiam naturalem obligationem, sed quæsivit an hæc sublata foret.

8 Secundò insurgit *Faber*, & ex ejusdē *Pauli* ratiocinatione illa, *Et si possidet nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neq; pigneratitia quoniam hæreditaria est actio; Neque fideicommissum quasi minùs restituerit rectè petetur*, deducit jam supponi non esse pignus liberatum.

9 Verum, & hoc secundum argumentum nihil concludit, quinimmò adversus *Fabrum* concludit; siquidem *Paulus* dum fatetur pignus non esse liberatum, fatetur quoque saltem naturalem obligationem manere. Id, quod evidentissimè apparebit ex eo, quod si ab ipsomet *Fabro* petamus: Cur non ex testamento agere fideicommissarius possit? is non alitèr respondebit quam, uti jam respondit, ex eo ità esse quia possidet hæres rem quasi Creditor. At si ita est rursùs petam, quomodò creditor foret, & ut creditor possideret ille, cui non deberetur saltem naturalitèr? Certè aut Creditorem non esse hunc oportet, ut *Faber* concedat, aut fateatur naturalem obligationem non esse extinctam, aut quod ridiculum est, dicat nullam quidem esse obligationem, nec naturalem, nullum esse debitum, ne naturale quidem, & tamen creditum esse, & uti creditorem possidere cum qui possidet.

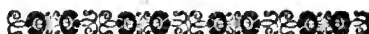
10 Rursùs si ab eodem *Fabro* quæramus cur non pignoratitia agere possit creditor? secutus receptam lectionem in qua scriptum, *quia hereditaria est actio*, Respondet; quia cum fieri nequeat, ut alio jure, quàm hæreditario hæc actio competat fideicommissario dum descendit ex defuncti contractu, sequitur, quod sicuti defuncto non alitèr, dum vivebat, competere illa potuisset, nisi solutum debitū, aut alitèr eo nomine satisfactum foret *l. si rem* §. *omnes D. de pign. act.* codē modo nec fideicommissario, nisi similitèr solverit, aut eo nomine satisfecerit competitura est. At si verùm ità est, non alio modo substineri hæc re-

sponsio poterit, quamsi asseramus permanere, post quã quis adit coactè, naturalem obligationem, nam si in aditione extincta jã satisfactum Creditori videretur, & proinde cõpetere dicendum pignoratitiam fuisset; hoc autem cum non dicamus, fatemur ex aditione Creditoris coactam hæreditatis, & ut restitueret, non ut sibi haberet, non peremptam naturalem obligationem.

Has autem rationes, & ex his de pendentes quia perspicuas, vel ipsemet *Faber* vidit verasque fateri coactus est à *num*. 5. usque ad 6. concedens quod si supponamus omnem obligationem sublatam manca erit *Pauli* ratiocinatio, attamen ut occurrat contendit quod illud à *Paulo* postremo loco dictum (*verum est enim non esse solutam pecuniam*) ex abundanti adiectum fuit. Sed esto ita foret (nam hoc negamus) adhùc, vel dicendum erit pignus, & proinde obligationem manere quousque pecunia soluta, & si alitèr satisfactum, & hoc falsum est, aut dicendum etiam post extinctam omnem obligationem pignus manere, quia soluta pecunia non est, & hoc quoque falsum, nam sufficit extinctã esse obligationem ad hoc ut pignus amplius consistere nequeat.

Hæc autem confirmantur potius quam labefactantur ex adducto Responso *Africani in Lcum quis* 38. §. *ult. D. de solut.* nam eo concluditur durare pignoris obligationem, quia principalis obligatio durat. Cæterum *in l. si deferente* 13. *D. quibus modis pignus, & hipot.* specialis militabat ratio ab ipsomet *Fabro* nõ omissa, ibi, *propter rei judicata authoritatem*, At quãquã quæ deinceps idẽ *Faber* cõgerit de fidejussore similiter nõ stringunt; nam extincta fidejussoria obligatione principalis remanet, illud pro Coronide non omittendum, quod pleraque eorum, quæ *Faber* in hoc capite addixit apud vulgares *Repetentes* sunt qui & de confusione disserunt apud *Gomez. 2. tomo variar. cap.* 13. *n.* 10. asseverantes quoque ut nos, quod cum quis coactus adire, hæreditatem adiverit non perimitur naturalis obligatio, ut *Bartolus* docuit in *l. ex sextante* §. *latimus D. de exceptione rei judicata*, & post alios *Monticula de inventario hæreditatis cap.* 12.





CAPVT XVII.

De lectione, & sententia l. si debitori 59. D. ad Trebellianum.

SVMMARIVM.

1 *Retinenda recepta lectio in l. si debitori 59.*
2 *Non eadem extinguendi naturalis qua civilis obligationis ratio.*
3 *Extincta omni obligatione nequaquam remanet Serviana.*
4 *Explicatur Paulus prater aliorum dicta.*
5 *Pragmatici per hæreditatis aditionem confusionem admittunt.*
6 *Sed an confusio solutionem importet controvertitur inter eos.*
7 *Hæres revocabiliter, vel penes quem non amplius hæreditas non confundit actiones.*
8 *Hæres cum inventario non confundit, & qua ratione.*
9 *Et si locuples hæreditas.*
10 *Improbatur ratio Pragmaticorum de hæreditate jacente.*
11 *Quid de fidejussore.*

1 Pater ex superioribus quod vers. *Remanet ergo, &c.* in hac *l. si debitori* 59. omninò sit retinendus, receptaque lectio tuenda; nam rationem habet perspicuam, & elegantissimã, scilicet illam quod pignus non liberatur, & habet, quod etiam vers. dispuncto adhùc ex superioribus (in quibus ità ratiocinatus *Paulus*, ut retentionem pignoris, & petitionem etiam concedat) facilè quisque intelligere poterit tùm naturalem obligationem manere, tum etiam aliquid aliud.

Cæterùm *Fabri* conjectura de Glossemmate imperiti Interpretis falsa ostendi poterit ex authoritate omnium librorum, in quibus constantissimè versiculus hic adest, præsertim Florentinorum.

2 Illud vero, quod totiès inculcat *Faber*, nẽpè eandem esse formam, & rationem extinguẽdi tùm civilem, tùm etiam naturalem obligationẽ, id perpetuò negamus, quippequòd in civili obligatione jus ipsum operatur, quo eadẽ persona creditoris hæredis ac defuncti debitoris efficitur, unde faciliùs confusio obligationis civilis resultare potest. At naturalis obligatio cum ex natura pendeat, per quam duæ sunt personæ debitoris defuncti, & hæredis creditoris, & una ab altera diversa non tam facilè potest confusio circa naturalem obligationem admitti. Quod si dicas cur si ità

ità est, quando hæres adit sponte etiam naturalem obligationẽ extinguit. Respondeo, quia cum spontè adit extinctio, & confusio non ex personarum repræsentatione,& ex fictione quod ambo una censeri debeant, sed ex tacita illa crediti remissione, quam creditor volens debitorem representare facit, originem ducit,unde in hoc sensu ipse creditoris naturalem obligationem remittit, & extinguit, non fictio juris, & confusionis potestas.

3 Rursùs quod ait *Faber*, quod extincta omni obligatione, remaneat Serviana, falsum esse constat ex his quæ nos diximus, & ex ipsomet *Fabri* discursu in quo passim eogitur, & pluriès, fateri quod extincta omni obligatione nec pignus,nec Serviana remaneat quanquam deinde id neget, & aufugere conetur varijs subterfugijs excogitatis.

4 Illis igitur relictis cõcludendum erit quod in specie *Pauli* propter pignus naturalis obligatio remanet:scil.remanet naturalis obligatio, ad quam accedat pignus,hanc enim non extingui aditione coacta jam supra probavimus, & proinde cum ità sit neque cum *Valenza*, ubi suprà dupliecm naturalem obligationem comminisci oportet,neq;cum *Gifanio* in comment. ad *l.2.C.de luitione pign.* adversus ipsa juris Responsa negabimus indistinctè, *aditione tolli obligationem* naturalem, sed tantùm civilẽ;neque cum *Reinardo Bachovio d.lib.5. de pign.cap.2.* ideo propter pignus remanere dicemus,naturalem obligationẽ,quia alioquin si pignus non intervenisset, non remansura fuisset; nàm quinimmò remansisset etiam non interveniente pignore, eo quod coacta aditio fuit;nã saris convincunt verba J. Consulti *remanet propter pignus*, quæ non aliud significant, nisi ex eo quod pignus remanet, satis apparere naturalem obligationem remansisse.

5 Sed *Pragmatici* quanquàm non adeò subtilitèr rem hanc tractasse videantur, utcunq; tamen fatentur per aditionem hæreditatis obligationes perimi, ut ajunt *Rota Avenion. inter dec.diversor.dec.45. Rolandus à Valle cons.63.* & explicant *Duenas regul.18. & Regens de Ponte cons.143.* ideoque exceptionem confusionis opponi posse in quacunque parte judicij volunt cum *Guidone Pap.decis.209.* Et rursus hanc exceptionem confusionis obstare hæredibus si agant,non itèm si retineãt, plerique observant cum *Cravetta cons.165. n.3. Riccio ad Francum dec.80.*

6 Sed illud magis apud Nostros in controversia esse solet, utrum semper per aditionem hæreditatis confusio an vero solutio crediti inducatur, & quamquam plerisque videatur sola confusio induci; Attamen alijs contrarium visum est:nam tunc confusionem admittendam dicunt,quando si solutionis vim aditio haberet damnum hæredi ipsi, aut creditoribus inferretur, puta quãdo adesset Correus debendi,ut ex doctrina *Bartol.in l.hæres à debitore §.fin.D.de fidejuss.* ratiocinantur *Frãcus in cit.dec.80. & Georgius alleg.41.num.25* ex quorum assertione plures sunt, qui deducant actionis hypothecariæ extinctionem aditione hæreditaris sine inventario statim fieri, & per consequens etiam pignoris, quoniam dicunt ipsi solutum jam est creditum, aut ei satisfactum,nec credunt *Fabro*, posse pignus, aut hypothecam manere absque creditore:inter eos itaque qui extinctionem defendunt putissimi sunt *Tesaurus lib.3.q.44. Merlinus de pignoribus lib.14. Rodriq.de an. redit. q.19.n.24.& de Ponte cons.8.*

7 Alij verò ex eadem doctrina sequi volunt nequaquam vim solutionis aditionem habere, nec hypothecariã extingui tum quia solutio ficta est quæ per aditionem resultat, tum quia id admisso semper sequeretur damnum ipsius hæredis, & ita *Sese decis. Aragonia 46. Negusant.& Phanucius* in sequenti à nobis adducendi. Utcumque igitur res se habeat, ne & nos in hoc laberynto erremus cum de *Luca in observat.ad Franci decis.80.* duo tanquam certa habere *Pragmat.* adnotabimus.Primum quod sine credito ut diximus pignus consistere nequeat saltem sine credito ex obligatione naturali subsistens.Secundum quod cum hæres hæreditatem revocabiliter fuerit consequutus nec confusio nec extinctio actionum aut hypothecę sequitur,quia non perpetuò hæreditatẽ habet, & ità scripsère *Negusant.3.par. primi membri n.56. Guidon Papa cons.143. Francus decis.39. Surdus dec.266.* quod cum verissimum sit, poterit ex menre Nostrorum ad hunc casum de quo tractamus adversus *Fabrum* concludi,quod confusio nõ sequitur cum hęres coactus adit;quia ad adeundum coactio ex gravamine injũcto oritur; quod gravamen fuit, ut hæreditas non irrevocabiliter,& perpetuò futura sic penes hæredem. Ex hac eadem ratione nascitur, ut si hæres sponte adijsset adhùc si tandẽ ab eo fuerit hæreditas ablata actiones prius confusę reviviscerent, aut à principio non fuisse confusas,sed servatas (si casus acciderit) cum nõnullis magni nominis Doctoribus asseverandum esset, ut apud *Tiraquellum de retractu lignagier §.1.gl.7.n.70.& §.32. Gl.1. n.50.& de Bottis in additione ad tex.in l.debitori C.de pactis*, qui idem evenire vult si hæres hæreditatem vendidisset alteri, ex *l.2. §.fin.D.de hered. vel act.vendita*, & ex *Paulo de Castro in l.debitor D. ad Trebell.*

8 Rursùs, & ex eadem ratione dicere possumus descẽdere quod magis communiter Nostri affirmant de hęrede cum inventario nem-

pè quod adeundo, actionem non confundat hypothecariam nec pignora amittat, siquidem si verum quod apud omnes inconfesso est *Iustinianeum* beneficium conservare credita hæredi, idipsum faciet ut conservetur hypothecaria, & faciet etiãut actiones cõservent, nam civilis actio conservatur adversus confusionem ex legis præscripto quo fictio legis, & legis operatio per quas confusio inducta fuerat de medio tollũtur, & naturalis actio conservatur ex eo quod hæres qui inventarium fecit nõ solũ non remittere velle jus suum ostendit, & vice debitoris fungi ejusve personam repræsentare; sed ostendit oppositum, & velle se creditorem conservare, undè non erit locus confusioni.

9 Ulterius nec solutioni præsumptę locus esse potest quoniam quantum vis locuples fuerit hæreditas, dum omnium paratus est hęres qui inventarium fecit, reddere rationem, omniaque aperta sint, nullo modo poterit præsumi sibi de credito satisfecisse ex locupleti hæreditate; quando non ita esse calculo facto constare potest: igitur dicendum cum communi sententia quod hæres inventario cõfecto sibi conservat hypothecariam exclusa opinione Nostri *Fabri in Codice tit. de trãsact. defin.* 14. *Galeot. lib.* 2. *contr.* 5. *num.* 17. & *Julij Capone in tract. de pactis q.* 17. *num.* 32. sicut & *Sesè*, *Vasquij*, & *Padillæ*, ab his adductorum.

10 Non ideo tamen assentiendum *de Luca* in citata *obser.* 80. *num.* 5. asserenti ideo hæredem cum inventario non confundere, quia inventarium facit jacentem hæreditatem; siquidem si jacens per inventarium factum hæreditas foret, utique nec hæres cum inventario verè hæres; & si jacens ad beneficium hæredis, utique neq; hæres cum inventario conveniri à legatarijs, & creditoribus posset neq; cum legatarijs quasi contrahere videretur, neq; interpellari ad solvendum, nec in mora constitui; quia ad sui beneficium jacens hæreditas; & proinde omissis *Pragmaticorum*, nugis ideò non teneri hæredem cum inventario dicemus, quia ut supra dictum est, invẽtarium provisionem legis confusionem inducentis nova provisione excludit, & præsumptionem remissionis tacitę, & voluntariæ, reicit Repræsentationem personæ debitoris, & solutionem fictam facit locum non obtinere.

11 Deniq; in eo quod ad fidejussorem attinet, quę *Faber* hic adduxit, Veteres quoque adduxère, ut dignoscitur ex *Gomezij loco variarum resolut.* 1. *cap.* 13. *n.* 20.



CAPUT XVIII.

Quid dicendum de expositione tex. in l. 2. C. de luitione pign. l. penult. §. 1. D. de except. rei judicatæ.

SUMMARIUM.

1 *Difficilis est tex. in l. 2. C. de luit. pign. unde à plerisque emendatus.*
2 *Cujacij expositio, & Fabri.*
3 *Reicitur Fabriana restrictio.*
4 *De intellectu §. latinus largus l. ex sextante.*
5 *Pragmaticorum sententia.*
6 *Fideicommissarius universalis potest cogere hæredem ad adeundum, at non particularis.*
7 *De quæstione an debitor possit in prajudicium creditorum renunciare hæreditatem, aut alia sibi obventa. Pragmaticorum sententia.*
8 *An fratrẽ qui admisit sororem ad secum succedendum possit postea pœnitere.*
9 *Sententia nostra, & distinctio in materia proposita de debitore, & primum circa renunciationem.*
10 *Defenditur illorum assertio quod nihilominus peccet debitor renunciando.*
11 *Reicitur aliorum sententia.*
12 *Sed explicatur, & distinguitur opinio receptã, & quid dicendum in foro fori propositis pluribus speciebus aperitur.*
13 *Quid de assertione illa quod servus cogi non possit ad adeundum.*
14 *Quid in foro conscientiæ.*
15 *Quid de prælato renunciante in prajudicium Ecclesiæ sive non acquirente.*

ALteram *Gordiani* Rescriptum quod extat in *l.* 2. *C. de luit. pign.* & quo dicitur vincula pignoris durare personali actione submota; & ipsum quoque non parùm turbavit Interpretes, qui sciebant juris Regulam esse, quod sublata principali obligatione accessoria remanere non debet, hinc viri doctissimi *Hugo Donellus, & Hubertus Gifanius in commẽt. ad Codicem ad dictam l. secundam*, negationem addere lectioni receptæ coacti sunt, & *nõ durare*, reponere probabilissimas suæ emendationis causas prætexentes.

2 At *Jacobus Cujacius*, & si Receptam lectionem retinuerit, quia tamen voluit hanc legem cum antecedenti conjungendam esse, *Fabro* porrexit occasionem reprænhendendi,

3 ut facit *n.* 2. Cum tamen & ipse reprehensione

ne dignũ se ostenderit; nã sicut verum hujus *l.2.* generale Rescriptum restringendum non esse ad propositam speciem in *l. 1.* ità & verũ tùm ad speciem illam pertinere quam assignat *Faber*, tùm & ad plures alias, quas proponunt Interpretes, & à quibus *Neguzantius de pignoribus par.6. membro 2. vers. tertio quæro.* & quas breviter ferè omnes complexus est *Dion.Goth.* in notis ad hanc *l.2.* dummodò tamen in omnibus supponas, quod perpetuò advertendum volo, saltem obligationem naturalem manere, Cui pignus accedat, & si extinctis obligationibus Civilibus.

4 Verum enimverò, circa tex. in §. *latinus largus l. ex sextante 30. D. de exceptione Rei judicata* nequaquam assentiendum est illis qui in eius specie dominium quæsitum volunt, & si revocabilitèr Mevio: & ideò quærunt cur pignus duret contrà Regulam *l. neq; pignus 45. de Regulis Juris*, sicut neque his qui etiam irrevocabilè dominij acquisitionẽ concedunt; nam ego non esse acquisitum dominium neque revocabilitèr, neque irrevocabilitèr contendo, quippèquod cum controversia nata inter Mevium hæredem, & Titiũ, de hæreditate proponatur, & Titium tradidisse hæreditarias res Mevio, & intèr eas fundum quendàm ipsius Titij, licèt anteà pignoratum Avo Mevij; satis ex his errasse Titium intelligimus, dum credens fundum hæreditarium esse, Mevio illum tradidit tanquã hæredi, & cui res hæreditariæ debebãtur; proinde nullo modo titulus habilis ad transferendum dominium esse potuit de fundò per errorem tradito, nisi adjungas, quod nec *Paulus*, nec *Latinus* largus dixère, usucaptum posteà bona fide à Mevio fundum illum qui traditus per errorem ei fuerat; sed hoc supplere, & addere juris Responsis quæ sibi videntur, non autem illa bona fide explicare foret.

Pauli igitur illa verba (*nunquid pignoris jus extinctum sit, quæsito dominio* dubitativè esse posita intelligemus, ut in *l. debitori*, de qua in *cap.* antecedenti, ablativo enim illo absoluto, *dominio quæsito*, in hac *l. Paulus* in eodem sensu usus est quo in *d. l. debitori* usus illo altero fuit *sublata naturali obligatione*, unde dicemus quærere, & dubitare *Paulum*, an pignoris jus extinctum sit per acquisitionem dominij, & proindè an dominium quæsitum, quoniam si quæsitum, pignus non posset perseverare, effecto eodem Creditore domino; Cum autem cõcludat postea pignoratitiam competere, atque ità pignus perseverare, satis nequaquam dominium quæsitum fuisse ostendit; atque ità sentire demonstrat.

5 Sed *Pragmatici*, & ipsi in hac re de qua agimus, magis communitèr, ut in capite antecedenti tetigimus, sentiunt per aditionem hæreditatis, nec hypothecam, nec pignora cõfundi, aut per fictam solutionem extingui, & si hæres sine inventario adijsset, ut *Baldus* olim adnotavit *ad l. ux. tua C. de bonis, aut. Iud. possid. & Neguzant. de pign. 3. par. primi membri n.49. Afflictus decis. 277. Francus decis.* 80. *& decis.* 118. alijque admisère, statuentes Regulam quòd per aditionem reales actiones non extinguantur, ex notatis à Repetentibus ad *rubr. Digestorum si certum petatur.*

6 Præterea sumpta occasione eorum quæ di-
cta sunt de cogendo hærede gravato à fidei-
commissario, ut suo periculo hæreditatem
adeat, & restituat juxtà disposita in *l. quia po-
terat, & in l. apud acta D. ad Trebell.* nisi non
de integra hæreditate, sed de particulari Rẽ,
aut certa quãtitate tractaretur restituenda; nã
tùnc non cogetur hæres adire *l. non quod §. nõ
omne D. ad Trebell.* sumpta, inquam occasio-
7 ne, jactant Nostri hujusmodi coactionem non
habere locum in creditore, qui non potest
cogere debitorem suum, ut adeat hæredita-
tem obventam, aut legatum agnoscat, sibique
acquirat; nàm pro certo habent posse debito-
rem in quærendis præjudicare creditori suo,
quod comprobant ex *l. quod 6. §. proinde, &
§. sed & illud l. Patrem 19. l. debitore 20. D. quæ
in fraudem*, alijsque Juris nostri sanctionibus,
quas collegère *Olea de cess. Jurium tit. 2. q. 3.
Grat. decis. 17. num. 4. Teodorus allegat. 15. Gal-
leratus de renunciatione cap. 2. lib. 1. Francus
decis. 101. Apicella in tusamen pauperum tit. de
dilat. quinquenn. à num.* 227. atque ità defini-
tum in Supremo Neapolitano Senatu testa-
tur *Mesa variarum 2. cap. 4. num* 27. Certè in
legato renunciando appositè, & doctè multa
attulère *Franciscus de Petris festivarum lect.
lib. 2. cap. 2. & Ciriacus lib. 1. contr. 47. à nu.* 1.
In majoratus renunciatione *Castillo lib. 5.
contr. cap. 112. Pereira decis. 55. num. 5. & Cu-
tellus de donat. tractatu 2. discursu 2. par. 9.
nu.* 10. In legitimæ ejusve supplementi renun-
ciatione specifica idem *Castillus num. 76. &
Riccius in additione ad Francum decis.* 101.
vers. hinc limita. in Trebellianica, & Falcidia
non detràhenda *Paschalis de viribus patriæ
potestatis par. 2. cap. 4. num.* 113. & in lucris
matrimonialibus non percipiendis, *Guttie-
rez lib. 2. practicarum 122. & Novar. in addi-
tione ad Francum* ubi suprà, alijq; apud *Oleam
num.* 22. & denique in refutandis portioni-
bus debitis vigore Statutorum, & Neapolita-
narum Consuetudinum *Mesa loco supra citato
Capicius decis. 8. Francus decis. 101 ubi Amen-
dola*, qui *num.* 3. monet ex hac eadem faculta-
te præjudicandi Creditoribus nasci, ut frater
possit sororem aliàs ex *Constitutione Regni, &
Consuetudine Neapolitana* à successione parẽ-
tum exclusam, ad eamdem admittere, invitis
Creditoribus: ad hoc ut in eorum præjudi-
cium

cium succedat, qnod & *Molfesius* asserit ad *Consuet.par.4.quæst.3.num.2. & quæst.12.n.6. & in additionibus 2.tomo q.4. nu.2.* & ibidem tractat quoque, an si postquam frater minor admiserit sorotem ad succedendum possit eũ penitere, & restitutionem in integrum impetrare.

9 Verùm enimverò in his *Pragmaticorum* traditis, ego quædam observanda desiderarem, & Primò quod non rectè plerique eorum ità loqnantur, *licèt debitoribus in Creditorum præjudicium respuere, renunciare, repudiare, vel licèt debitoribus suis creditoribus præjudicium inferre;* siquidem cum dicimus licere debitoribus oon acquirere, ideò dicimus licère, quia io non acquirendo hæreditatem, legatum, & similia, nihil reounciant, nihil repudiant, nullum creditoribus suis præjudicium inferunt; non enim quidquam Creditoribus quæsitum est, & facultas acquirendi, quam debitor habet, sub hyporheca non cadit, nec alitèr ad Creditores pertinet, ut ostendunt, quæ *Olea* adnotat loco citato *num.6.* Et sanè si quomodocunque acquisita Creditoribus, aut debita illis forent ea, quæ debitores acquirere possunt; utique nec renunciari, nec in eorum præjudicium omitti, aut qnoquo modo ab illis auferri possent ex Regula *l. debitorem C.de pactis l.filius familias §.Divi D.de leg.1.* & ex traditis ab *Acosta de privil.Cred.in præfatione Regula 1.num.19. & 94. Vela dissertatione 38.n.7.tomo 2.* alijsque apud *Oleam num. 2.* laudandi itaque erunt ex *Pragmaticis* qui castigatius loquuti scripsète posse, debitorem non acquirere io præjudicium Creditorum, non augete patrimonium suum, & similia, ut apud *Carlevalium de Judicijs lib.1. tit.3.disput.25.tomo 2.*

Et hæc quidem observatio non in nudo verborum cortice, & scrupuloso loqueodi modo, sed io ipsa rerum substantia consistit, quoniam ex illa potissimè controversia omnis deciditur, & Regula Respondendi diversimodè pro diversitate casuum oritur; nàm, ecce, si proponas hæredè fideicommisso gravatum in suorum Creditorum præjudicium, qui ex fructibus fideicommissi aliqualem satisfactionem percipiebant, præmaturè, & ante diem fideicommissum restituere velle. Respondendum erit idei noo permittendum, ut firmant *Fontanella de pactis nuptialibus Glossa 9.par.5.num.78.* & alij apud *Oleam loco citato nu.19.* Et ratio in promptu erit ex prædictis; nàm cum hic hæres acceptaodo, & adeundo hæreditatem, & si fideicommisso gravatus, acquisierit jus percipieodi fructus illius quousque dies fideicommissi venerit, atque super hoc Jute aliquid etiam Creditoribus quæsitum sit vigore generalis hypothecæ, si posteà posset præmaturè fideicommissum præstando jure percipiendi illos fructus se ipsum ante tempus privare, posset utique repudiare acquisitum, posset non in acquirendis, sed in acquisitis, Creditoribus præjudicium inferte.

10 Secundò obsetvandum volo, (quod rectè monuère plerique ex Doctoribus citatis,) Regulam quæ habet posse non acquirere debitorem in Creditorum odium, locum sibi vindicare in foro exteroo, non autem in foro conscientiæ, quoniàm in hoc foro peccant debitores nõ acquireodo, peccant etiam Advocati in cõsulendo, quinimmò & Judices in admittendis hujusmodi renunciationibus in Creditorum perniciem: ut Theologi, qui semper in hac materia consuleodi cum *Molina tomo 2.tract.2.disputat.435. Sanchez de matrim. disput.4.num.9. Navarra de restitutionibus lib.3.cap.7.num.113. Tancredus de matrim.lib.6.quæst.4.* quibus ex Nostris *Olea* citatus *n. 39.* & Meliores adsentiuotur, nempè *Riccius, & Novarius* ubi supra, *Cutellus dicta par.2.nu.29. Capicius Latro decis.8. num.13.* & ibi Additionator *Gizzius nu. 17.* & proinde in hac re esse differentiam inter utrumque forum adnotavit doctissimus *Valero de diff. utriusque fori in ver.debitor diff.4.*

11 Nec nobis imponere debent qui cum *F.M. Prato pract.obscr.56. & discept.1.cap.34.n.39.* post *Gomezium variarum 2.cap.4.num.74. & Tellum ad l.4. Tauri nu.9.* plura adducunt ut hujusmodi differentiam submoveãt, & nimis laxi etiam adversùs citatorum Theologorum sententiam, non esse lethali culpa reum debitorem in odium Crediroris non acquirentem contendunt: siquidem illorum dicta non obtinuisse *Gizzius* ubi suprà monet, nec debuisse obtinere constat, vel ex eo quod & si de Civilis Iurisprudentiæ noo de Theologica, aut morali quæstione, & materia peccati ageretur adhùc potiùs adsentiendum, præjudicata eruditio suadet *Molina, Sanchez, Navarro* similibusque doctissimis viris, quàm *Prato, & Sexcentis hujus farina Pragmaticis* quorum tamen qui Meliores contrarium tenent, & præsertim *Carolus Antonius de Luca* disertè in *obser.ad Franchi decis.101.*

12 Rursùs si aliquid mihi in proposita quæstione post tot viros gravissimos arbitrari liceret, vellem Ego paulò alitèr quàm illi, & cum quadam distinctione procedendum esse. Et quidem in prædictis primo in foro Iudiciali, & exteriori distinguendum intèr ea, quæ perveniunt ad debitorem jure suo, ut ità loquar, & ex causa antecedenti, quæ excogitari, & prævideri verisimilitèr poterat cum debita contrahebantur, & ea quæ fortuitò eidem debitori, & incogitato obveniunt, & de quibus divinari obligatioois tempore verisimilitèr, & secundum cõmuoem usum nõ po-

potuit: nam in prioribus non admitterem Regulam de potestate non acquirendi renũciandi, refutandi; in secundis verò admittendam censerem, ex.gr. si debitori paterna hæreditas obveniat, aut portio illius si matris dotes, aut ex bonis consanguineorũ pars illa quæ per statutum ei debita est, aut medietas quæ ea providentia Consuetudinũ Neapolitanarum ei tanquàm agnato proximiori est conservata; si eidem debitori quarta legitima fiat debita ob parentum mortem sequutam, si majoratus, si fideicommissum, aut aliud beneficium, & lucrum ea testamento, aut cõtractu ante tempus illud in quo debitor effectus est celebrato certè in his omnibus nullo modo ei permitterẽ, ut in præjudicium Creditorũ non acquirat, quinimmò ut repudiet: nàm hæc ad illum ea causa antecedenti, & jure suo, ut dictum est, pervenère, & verisimile est, quod Creditores, qui cum eo contraxerunt optimè ejus conditionẽ scientes, de illis cogitaverint, sicut & ipsum cum bona sua præsentia, & futura hypothecata voluit, & obligata. At si legatum debitori pervenerit ab amico, vel consanguineo, qui ad legandum non tenebatur: Si scriptus hæres foret à quodam extraneo, si ad lucrum fortuitò admissus, tunc in his, & similibus admittendam adductam Regulam, quod in foro externo possit debitor non acquirere, & in odium suorum creditorum respuere; nam incogitatò obvenere, & improvisò concedam.

Hac autem adhibita distinctione, & si alije alias prætexant causas Pragmatici, & alias assignent rationes poterunt jura illa, quæ in hac materia sibimet esse ex diametro adversantia credidit *Carleval. in cit. disp. 25. n. 3. & 4.* cõciliari, & poterit defendi, quod de majoratu refert decisum *Larrea decis. 55.* nàm majoratus eorum bonorum est, quæ obveniunt ex causa antecedenti, & quæ excogitari, & venire in considerationem, cum debitum contrahebatur apud Creditorem, & Debitorem poterant; Itèm ex hac distinctione comprobabuntur, quæ de legitima non renuncianda scripsit *Merlinus de leg. tit. 2. quæst. 29. Annaeus Robertus lib. 3. rerum Iudicatarum c. 12.* sicut & ea, quæ ad eandem rem attulit, & benè *Sanchez de matrim. lib. 6. disp. 5. num. 10.* Poterit idem quoad lucra nuptialia admitti cujuscunque sint generis, sivè eorum quæ ex contractibus, aut statutis, statim cõtracto matrimonio, debentur alteri conjugi, eique quæruntur, sivè ex illis, quæ quæruntur quidèm conjugi ea causa matrimonij, sed sub aliqua conditione, ut est in donatione propter nuptias, quam nostri Antephatum appellant, quod quæritur mulieri sub cõditione si viro supervixerit. Nã non posse dicta lucra à debitore, vel debitrice refutari, aut non acquiri ratione ut supra, & ad id erunt dirigenda quæ *Giurba ad Consuet. Messan. cap. 1. Glossa 8. num. 8. & decis. 111. num. 22. Vanderus singul. 8. & alij apud Oleam num. 22.* scripsère.

In his autem omnibus, nàm Ratio distinctionis reddenda est, ut ita sentiamus, faciunt duo Juris principia inconcussa. Primum, quod cum bona perveniunt ex causa antecedenti, Videtur super his jam aliquod ex quo contraxit quæsitum creditori. Secundum, quod sicuti in terminis vulgaræ *l.* in obligatione generali non veniunt sub hypotheca bona illa, de quibus verisimilitèr debitor non cogitasset, aut si cogitasset verisimilitèr hypothecaturus non fuisset. Ità è contrà in hac materia bona, de quibus verisimilitèr, tã is, qui credidit, quam is, qui accepit cogitare potuit, & in obligatione compræhendere, venire sub ea debent.

13 Sed quamvis satis inspecta juris nostri civilis dispositione à nobis hucusque sit dictum, adhùc & illud addendum est, quod nõ bene Repetẽtes cum *Paulo de Castro, & Pragmatici cum Franco in dicta decis. 10. Meritiss. Episc. D. Gaetanus de Afflicto contr. 18. num. 1. & Luca ad Francum ubi sup. num. 5.* tanquam certum assumunt, servum non posse à domino præcisè cogi ad adeundum illusi à verbis illis quæ pronunciavit *Imp. in l. cum proponas 3. C. de hæred. instit.* Siquidem si principia juris attendas oppositum verum est, nam cũ servi, quia in alterius potestate positi nihil sui habere potuerint, ideo quidqiud acquirebant dominis acquirebãt etiã invitis *l. etiam invitis 32. D. de acquir. rerum dom. l. quemadmodum 46. D. de jure dotium*, sed quia hoc quo ad hæreditates poterat præjudicium dominis inferre, eosque ad onera obligare, oportuit ut à Regula generali hæreditatis acquisitio exciperetur, ut & *Iustin.* fecit ex *Cajo in §. item vobis instit. per quas personas nobis acquiritur*, unde receptum fuit, ut non alitèr hæreditas domino acquireretur, quam si vellet, quam si juberet, alioquin servus nihil ageret *l. si qua 25. §. jussum D. de acq. hæred.* Atqui cum dominus vult, quinimò jubet, exceptioni locus non est: ergo nullo modo poterit servus nolle acquirere, & omni modo poterit cogi, quia Regulæ standũ est; sanè quod compelli possit, ut absolutũ haberi apud *Vlpianum in l. 1. §. 1. ver. quod ergo D. si quis* omissa causa testamenti vel *Andreolus contr. 208.* observavit. hinc *Marcellus in l. excusatus 5. D. eodem*, dum excusat dominum si servus ejus casu aliquo non potuerit jussu domini adire, indicant non excusare si noluerit adire, quia poterat dominus compellere ad adeundum. Nec replicatio illa *Episc. Afflicti, & Luca* quod possit quidẽ servus compelli, & etiam excoriari, at poterit is ob-

obstinato animo domino nocere, & non adire; Nos turbare debet, quoniam quotiès jura quêlibet cogi posse ad aliquid dicunt, aut pariturum eum supponunt, aut adigēdū ad parendum; aut habendum ac si paruisset, sanè in fideicommisso hoc ultimum expressum est detrectante aditionē gravato ut in *l.non justam ad trebell.* in servo autē si id nō expressum nō ideo dicendum desperatam rem esse; alioquin cum leges volūt cogendos debitores solvere, quod debēt creditoribus suis: si illi (& si unde solvāt habeant) escoriari potius malint quam soluere, nil aliud agendum foret, & tñ non ita est, sed ad juris, & facti Remedia recurrendū & prudens Judex, & Magistratus potens Curabunt, ut legislatori pareatur eo modo meliori quo pareri potest; hoc ipsum, & cum servus domino resistir, & obedire nolit exequendum est; nam & exequi solet cum servire eidem, cum operas prçstare, & similia recusat; & quâquam verum quod aditio animo expediatur, & animus cogi non possit, attamen falsum quod in casu de quo agimus animus servi attēdatur quādo servus nec animum, nec velle jure civili habet, attenditur nāq; animus domini jubentis, quod adeo verum ut è contra si servus quam maximè velit, dominus non item: ideoque non jubeat, nihil agitur, ut dictum est ex *l.si quis 25. §.jussum D. de acquir.heredit.*

At imposuit cit. DD. *Alex.Imper. in l.cum proponas 3.C.de hared.instit.* in illis verbis *potuit enim quamvis jubente domino nolle adire.* Sed observarè debuerant speciem in qua *Alexander* Rescripsit esse de liberto, aut saltem de eo qui liberum se esse contendebat, ideo quoniam se talem præsumebat, & poterat, (quamquam prætensus dominus qui illum adhùc servum dicebat, juberet) impune jussa spernere, & nolle adire, etenim adhùc *Justin.* sua in illa decisione quæ extat in *l.cum aliquis 21. C.de jure delib.* contrarium non statuerat, & ante hanc Constitutionem *Justin.* teste, indignabantur qui se liberos, aut jam manumissos contēdēbant, quod eis juberetur à patronis adire hereditates, & poterant non adire donec ut diximus contrarium *Justin.* constituit, jubens, & hos cogi posse, & compelli per competentem Judicem adire hæreditatem, & acquirere. Hæc autem *Justin.* Constitutio supervacanea & irrita foret si valeret cum *Afflicto, & Luca* dici cogerur quidem is qui non vult, compelletur excoriabitur sed adhùc nolet ideoq; nec adibit nec acquiret hæreditatem quantumvis *Justin.* se torquear & *leges sanciat.*

14 Sed ad forum deveniamus conscientiæ in eo, si per Theologos, quibus me submitto, aliquid mihi opinari fas erit, existimabo adhùc adhibendam aliquam distinctionē, & non solum illam *Carlevalij* inter debitores ex causa onerosa, & debitores ex causa lucrativa, quam, & *Mesa* ubi supra *n.27.* recipiendam inculcat, & ego sæpè etiam prę oculis volo habendam, sed & aliam nempè intèr personas, in cujus beneficium cessurum tandèm sit lucrum, quod debitor acquirere noluit; nàm quando persona earum est, cui ex debito benè ordinatæ charitatis debitor magis quā alteri tenetur, dici poterit absque mortali cōscientiæ labe posse eum non acquirere, & respuere lucrum, ut ad illam perveniat & in damnum creditorū quod sibi obvenit omittere; moveor quia cum certum sit debitorem non ex debito justitiæ, sed ex debito charitatis teneri acquirere creditoribus suis, ut *Navarrius*, alijque, suprà adducti Theologi nos docet; (nam si teneretur ex justitia aliud diceremus) videtur posse rectè concludi, quod quotiès non acquirit debitor creditori, ut acquiratur illis, qui in ordine charitatis eidem creditori extraneo præferendi sunt, quia consanguinei, & magis conjuncti, ut ex *Divo Thoma* habemus 2. 2. *qu.26.* secura conscientia id faciat; finge Titiū creditores habens, habere, & filios in quorum bonis usumfructum habiturus foret; si vellet: si usumfructum hunc habere noluerit, ut filij plena proprietate lucrentur, creditores priventur, Cur non ita facere eum posse dicemus? finge me à Titio cum fratre meo hæredem institutum, velle meos Creditores excludere, ac fratrem hæredem ex asse facere accrescendi jure, abstinendo me vel repudiando portionem hæreditatis mihi relictæ cur non potero? in his enim, & similibus casibus, quoniàm magis ex ordine charitatia adstringor ergà meos, quàm ergà extraneos, potero in compendium meorùm, extraneos lucro privare. Hoc autem & quis non videt magis securè dici posse in ea specie, in qua de fratre tractatur, qui sororem aliàs à statuto, vel consuetudine exclusam ad secum succedendum admittit; nàm non solum in ea militat ratio charitatis; sed etiam juris communis Regula, quæ sorores una cum fratribus ad succedendum vocat, sublata sexus differentia, idve ex aperta in jure civili constitutione in *l.maximum vitium C.de liber.praterit.*, unde ad hanc Regulam regredi facillimè permittendum erit, insuper habitis Statutorum exorbitantibus dispositionibus; tātò magis quod cum ut plurimum statuta tùnc demùm feminas excludant à successione, si & dotentur, & potest frater citrà peccatum, vel non dotando, vel negligendo ultra præfixum tempus eas dotare, facere ut illæ etiam, stante eorumdem statutorum dispositione ad successionem unà cum ipso admittantur: nulla est ratio, cur non possit expresse admittendo

eas

cas ad successioorm, hoc ipsum efficrre, quod nrgligendo efficere valeret. Cæterùm si statuta, aut consuetudines ideo fœminas excludāt ut bona in familia quæ per masculos propagatur conservent; videant, qui denegāt fratri, ut sororem ad secum succedēdum admittere possit in præjudicium creditorum, qualis cōservatio bonorum iu familia ad legislatoris mentem futura sit: si fratre ære alieno gravato successiooem omnem consequuto, bona ad Creditorum manus in momento perveniant.

Rursùs quia hæres, qui *falcidiam* non detrahit, aut *Trebell.* magis ergà testatorem fide lis existit, atque id, quod virum bonum decet absque ullo lucro exequitur, videtur ex hac ratione posse concludi, quòd hæres Creditores habens, si *falcidiam* detrahere, aut *Trebellianicam* omittit, quia officiosus est potiùs ergà testatorem, quam iniquus erga creditores, absque peccati scrupulo id faciet; nā & in foro externo facere id posse voluère *Castillo citato cap.* 112. *n.* 42. *Pascalis ubi supra, & Padilla ad l. post mortem C. de fideicomm.* Sed hæc omnia, ut à principio dixi, uti existimator, & opinator propono, meliori semper judicio, & præcipuè Theologorum, & Moralistarum me submittens.

15 Illud tandèm monere non desinam, quod an Prælatus in præjudicium propriæ Ecclesiæ renunciare, & refutare quærenda possit: anceps est quæstio: siquidèm affirmasse visi suot *Ripa, Baldus, Romanus, Bursatus*, & alij, cum quibus *Spino de testamentis Gl.* 8. *princ. nu.* 60. *Rolandus cons.* 15. *n.* 23. *Urvius opin.* 1. & *Gallerat⁹ cit. lib.* 1. *c.* 2. contrà vero negasse plerique inveoiuntur, cum quibus *Marta decis.* 224. & *Novar. ad Francum decis.* 101. in fine.



CAPVT. XIX.

Retinetur recepta lectio in §. si prædo l. in pignore 22. D. de pign. actione.

SVMMARIVM.

1 *Retinetur recepta lectio.*
2 *Exponitur tex. litera.*
3 *Judicium de expositione Orazij.*
4 *Nostrorum sententia.*
5 *Malæfidei possessor recuperat meliorationes factas.*
6 *Sed in quo diversimode à possessore bonæfidei.*
7 *De duplici actione pignoratitia.*
8 *Directa facit ut judex ex officio possit condemnare Creditorem soluto debito ad pignus restituendum.*
9 *Et etiam oblato congruè debito.*
10 *Et ad interesse quoque.*
11 *De pignoratitia contraria, & culpa debitoris.*
12 *Cum pignoratitia agitur non potest quæstio dominij opponi.*
13 *Pignoratitia ex contractu, & pignore conventionali descendit.*
14 *Revocatur in dubium Pragmaticorū traditio de pignoratitia cōpetente in pignore pretorio.*

1 Fabri conjectura de postremis illis verbis §. *si prædo l. si pignore* 22. *D. de pignor. act.* ibi *proderit igitur ei, quod Creditor bona fide possessor fuit*, temeraria est; oam hæc eum adsint in omnibus libris etiam manuscriptis nō possunt ab imperito librario esse addita, sicut nec ad Græcorum libros in quibus sunt *Basilic. lib.* 35. *tit.* 1. *cap.* 22. §. 1.

Illud tamen verum quod in ipsis verbis cōmodè explicaodis aliquid labotandum fortasse erit; siquidem obscura ca sunt, & difficilia, & ob id forsan *Fabro* odiosa.

2 Mihi itaque videtur in illis non aliud dicere voluisse, *Ulpianum*, occasione proximè speciei tractatæ, quàm quod aceidit aliquando, ut Prædoni quoque prosit, creditorem cui rem alienam in pignus dedit, in bona fide fuisse; quippèquod cum tunc ille fructus suos faciat, & extioguat ereditum, quod habet; ex hoc nascetur ut prędo pignoratitiam sit habiturus, atq; ità ut bona fides sui creditoris sibi prosit: quando si creditor quoque in mala fide fuisset; quia fructus suos noo faceret, debitum non extingueret, atque ità noceret illi mala fides sua ae ipsi etiam prædoni

3 debitori; atque hæc explicatio quæ cum altera à *Cujacio lib.* 6. *quæst. Papiniani in l. si urbanas* 55. *D. de cond. indebiti* concordat, magis explicita, & genuina videtur quam nova illa quam excogitavit vir alioquio acutissimus *D. Hieron. Oroz. de Apicibus juris lib.* 2. *cap.* 1. dicens quod ideo dixerit *Ulpianus* bonam fidem creditoris juvare prædonē, quoniā si creditor fuisset quoque in mala fide, fuisset & ipse quoque prædo, & proinde adversus illum, pignoratitia Prædoni non competeret; quoniam priori furi adversus secundum furem actio furti non competit.

Nam facit adversus hanc ratiocinationē & id quod replicabat *Faber*, quod semper prædoni detur pignoratitia actio post solutionem debiti, & si creditor sciens alienū acceperit pignus; & facit quoque primò quod partitè de pignoratitia loqui *Ulp.* non debuerat supposita *Orozij* sententia quia nedum nō pigooratitia, sed actio oulla prædoni adversùs

sùs Creditorem competiisset, dum uterqe Prædo foret. Secund facit, quod si adeo prodest prædoni bona fides Creditoris accipientis in pignus furtivam rem, ut per hoc eidem prædoni pignoratitia competat; non debuerat *Vlpianus* de fructibus perceptis mentionem inserere; nam non ideo quia fructus percepit pignoratitia competit; Sed quia furtum, & ipse Creditor non commisit. Nisi dicere velimus, quod verius est, *Orozij* sententiam non diversam, sed eandem cum *Cujaciana* esse, eamq; magis explicare dicendo, quod ex eo quod Creditori in bona fuit fide, ideoque nec & ipse prædo, fructus fecit suos, & hoc prodest prædoni debitori ut pignoratitia experiri possit.

4 At quod etiã prædoni pignoratitia actio,
& ad rem, & ad fructus competat, Nostri ex
hac *l. si pignora 22. §. si prædo D. de pign. actione*,
deducunt post *Baldum*, *& Bart.*, *& Accurs.*
sequi quod sint pleræque aliæ actiones concedēdæ, in *Glossa* ad hanc *l.* enumeratæ. Asserunt quoque, & expensas in Re furtiva factas
recuperaturum prædonem cum *Garzia de ex-*
5 *pensis cap. 5.* ideòque passim in foro dicitur,
quod meliorationes, sivè expensas in meliorãdo rem erogatas, etiàm malæ fidei possessor
servat saltèm Judicis officio, ut notat *Rodoanus de rebus Ecclesiæ non alien. quæst. 16. §. unde in hac materia num. 7. Cavalc. decis. 28. nu. 5.
p. 1. & Conf. Staibanus resolut. 53. num. 12.* quo
6 in loco monet nec malè, has expensas malæ
fidei possessorem cum fructibus à se perceptis
compensare, id verò in quo fructuum valorem excederent amittere, & in hoc deterioris
esse conditionis bonæ fidei possessore, qui
omnes recuperasset, & si excessissent juxta notata in *l. si sumptus cum l. sequenti D. de petit.
hered.* Videndi tamèn, & ad hanc rem erunt
*Covarr. variarum 1. cap. 8. Menochius de recuperanda remedio 15. num. 609. Peregr. de fideicomm. art. 50. num. 67. Coppus de fructibus
lib. 2. tit. 4. cap. 1. Gamma decis. 311. Rota Romana decis. 3. par. 5. Sperellus decis. 154. nu. 77.
lib. 2.*

7 Insuper actionem pignoratitiam, de qua
propriè hic, vulgatum est post *Joannem Crispum de terminis*, *& Jasonem de act.* duplicem
esse; directam, scil. quæ debitori competat ad
recuperandum pignus, soluto, aut alitèr debito satisfacto. & contrariam, quæ Creditori
competat ad recuperandas expensas, si quas
8 in pignore fecerit. Et priorem quidem scil.
pignoratitiam directam adeò inesse dicunt
Pragmatici, ut si Creditor ad debitum agat,
possit Iudex (soluto debito) ex officio condemnare eundem ad pignus restituen-
9 dum *Afflictus decis. 32.* quod non solum soluto debito, sed congruè oblato, facere Iudicem
posse, admittit *Ozasch. dec. 115.* Quibus addit
ultra rei restitutionem, in hac actione fructus,
10 & omne interesse ex causa, vel ratione venire,
Rota Genuensis decis. 10.

11 Secundam vero actionem, idest pignoratitiam contrariam competere quidem Creditori ad expensas factas recuperandas, ijdem
asserunt Doctores; sed ea lege, ut ipse vel de levissima culpa teneatur, si rem pignoratam
perdiderit, vel deteriorem effecerit; quamvis
hanc culpam, an probare idē debitor debeat,
an verò è contrario, ut illã excludat Creditor
diligentiam suam probare teneatur, controversum sit, ideoque adeundus *Menochius*
12 *cons. 118. lib. 2. & cons. 253. lib. 4.* Illud verò
certum, quod cũ pignoratitia agitur, nèc debitor adversùs Creditorem, nec Creditor adversùs debitorem quæstionem dominij opponere potest, ut scribunt *Neguzantius par. 2.
membro 3. & Gaitus de credito cap. 4. quæsito 7.*
13 *à n. 600.* quo in loco sub *n. 610.* idem adnotat
communi de sententia receptum, ut pignoratitia actio ex contractibus dumtaxàt descendat, ideòque habeat tantummodò locum in
pignore conventionali; quod cum verissimũ
sit, probatumque ex *l. 5. §. quæri 21. D. de pign.
act.* & ex doctrina *Cini*, *Saliceti*, & aliorum ad
l. 2. C. de præt. pign. à *Neguzantio par. 3. mēb. 2.
num. 29. & par. 7. membro 3. num. 12.* vix recipi
poterit, quod addunt plerique hanc pignoratitiam habere quoque locum in prætorio pignore, quod certè conventionale non est: Unde dicerem cum *Bacovio lib. 5. cap. 18. de pign.*
potiùs actionem in factum, & ad exemplum
pignoratitiæ esse illam, quæ in prætorio pignore concedi solet.



CAPVT XX.

De intellectu tex. in l. post contractum 15. D. de donat.

SVMMARIVM.

1 *Tres circumferuntur lectiones hujus legis.*
2 *Vulgata, & Haloandrina communitèr recepta.*
3 *Florentina potest etiam commodè defendi, & explicari.*
4 *Fabri sententia, quæ erronea ostenditur.*
5 *Alter Fabri error quod si criminaliter fuerit actum, adhuc credit privata judicia à publicis differre.*
6 *Tertius error quod in crimine perduellionis non admittit aliquid speciale.*
7 *Pragmaticorum sententia.*

8 *Do-*

8 *Doctrina Accursij quod possit delinquenti solvi recepta ab omnibus.*
9 *Non potest delinquens donare causa mortis immò quod donavit per delictum postea factum revocatur.*
10 *An venditionem factam in fraudem futuri delicti possit postea se pœnitens venditor ipse revocare.*
11 *Quæ de condemnatione dicta intelliguntur de rite recteve facta condemnatione.*

1 Hujus *l. post contractum* 15. *D. de donat.* tres circumferuntur lectiones, Florentina prima, secunda Norica, & vulgata, tertia Haloandrina, nam in Florentinis Pandectis scriptum est: *Post contractum capitale crimen donationes factæ non valent*, ex *Constitutione DD. Severi*, & *Ant. nisi condemnatio sequuta sit.* In Noricis, & vulgatis libris scriptum *donationes factæ valent nisi condemnatio sequuta sit*, & denique *Haloander* legit: *non valent, si condemnatio sit sequuta*.

2 Sed Vulgata, & *Haloandrina* lectio, quantum idem sensus est, scil. quod donationes factæ, licèt post capitale crimen, si condemnatio non sit sequuta, valebunt, si sequuta non valebunt, receptiores sunt, tam ab Interpretibus Latinis, tùm *Antiquis*, tùm *Neotericis*, quam à Græcis, qui ità hoc Responsum *Marciani* retulère *Basilicorum* 47. *tit.* 1. *cap.* 14. *si is, qui damnavis capitali supplicio damnatus sit* (ecce quomodo exigunt Græci damnationem) *post crimen admissum, donationes ab eo factæ non valent*, quod ipsum *Scholiastes in suis Scholijs* advertunt apud *Haruetum*. Sed quamvis vulgata lectio, ut diximus receptior sit variè tamen interpretata est; ut qui volet observare poterit, & insimul dignoscere quod quæ *Faber* hic affert ab antiquis petita sunt.

3 Cæterum potest etiam, & rectè defendi Florentina lectio, in illis verbis. *Condemnatio sequuta sit*, si subintelligamus *donationem* de qua sermo, atque ita exponamus de donatione assertionem prædictam non de crimine, ut vulgo faciunt, & dicamus sensum esse: valere donationes si eas sequuta condemnatio fuerit, non item si præcesserit; quoniam damnatio sequens jure factas donationes nõ irritat, nõ rescindit: è cõtrario verò precedens obstat ne donationes, quæ eam sequuntur valere possint. Et hæc quidem animadversio sanè ingeniosa *Marci Linklama* est, *lib.* 5. *membranarum cap.* 19. tradita.

4 Sed tamen fallitur *Faber* in hoc capite, & in pluribus ut solet. Primò, nàm asseverat damnationem sequutam irritas efficere donationes anteà factas, cũ vel ex *l. qui penès* 8. *D. de manumiss.* qua abutitur, intelligere debuisset non movisse J. Consultos in hac re, quod sequuta fuerit cõdemnatio, sed quod in fraudẽ factæ donationes, dataeq; libertates fuerant. Quod si ideò revocandas donationes dicamus, quia, ut ait *Faber* sub *num.* 3. *vix est, ut ab eo tempore non suspicetur is, qui delinquit, vel in perditissima Republica fieri posse, ut delicti pœnam aliquando sentiat*. jam locũ nullum distinctionib. relinquemus: & ex citata ratione fateri cogetur ipse, quod omnes donationes in fraudẽ factę, existimãdæ sint, sive sequatur, sive non sequatur condemnatio; nam ex quo post delictum factæ, jam ab eo qui suspicator aliquando se posse condemnari, ideoq; animo fraudandi factæ, & hoc ipsum solum absque quod aliquid operetur condemnatio nullas, & irritas facere poterit donationes, & distinctione admissam subvertere, cuí nõ aliter locus quã si dicamus, non solum animum delinquentis suspiciosum, & timidum qui in remoto fuit (dum si considerabat se aliquando punitum iri, promittere potuit sibi spem impunitatis ex eo, quod occultum delictum, vel ex alia aliqua causa) sed pensitandum esse, & habendam rationem de proximo timore accepto ex eo, quod jàm inter reos sit positus, & ex eo quod jàm de ipso, aut de delicto perpetrato inquiratur, nàm hæc sunt, quæ cum vehementèr moveant, fraudibus viam aperiunt.

Ex his verò apparet non bonam esse Rationem hanc, ideò sequuta condemnatione, irritari donationes, quia in fraudem fisci factæ videantur, cum non fine suspicione pœnæ fieri potuerint: etenim si suspicionem remotam illam attendamus, quam habes qui delinquit, & ex ea fraudem præsumere velimus, quod sequatur condemnatio nec nè, parùm movebit, dummodò delictum præcesserit, si ex hoc ut diximus suspicio oritur in donante, qui priusquam donaßet deliquit.

5 Fallitur secondò *Faber*, dum de privatis delictis differens ait: ea si criminalitèr actum fuerit, adhùc à publicis differre; nàm per litis contestationem continuantur, & in hæredes transeunt, motus ex *l. ex Judiciorum in fine D. de accusat*. Fallitur sanè; nàm cum ex delicto privato criminalitèr agitur, nulla intèr ipsũ, & publicum remanet differentia, ut dignosci potest ex *l. ult. D. de privatis delictis l. ultima de furtis l. ult. de injurijs l. prima in fine D. de privatis delictis*, alijsque Iuribus ab Interpretibus ad prædictam *l. Iudiciorum* adductis, & diserrissimè à *D. Melchiore de Valenzuela Illustr. tract. lib.* 2. c. 2. collectis; ubi rectè ad hanc *l. ex judiciorum* qua *Faber* abutitur, Respõdet, nec alitèr ab ipso diei potest, quippequod cum de privato delicto oppositivè ad publicum, J. Consultus loquatur in §. *ex ceteris* ex hoc intelligimus de actione civili, qua regularitèr in privatis delictis agi solet, eum loqui.

6 Fallitur tertiò dum adversùs Interpretes tentat etiam in damnato perduellionis admittendum esse, quod scriptum de cæteris delinquentibus extat in *l. res uxoris 24. C. de donat.* cum tamen si rectè perpendisset *Faber*, quid sibi velint *Arcadij, & Honorij* verba illa in *l. quisquis C. ad legem Juliam Majestatis dotes, donationes, quarumlibet rerum alienat. &c.* didicisset aliquod speciale in perduellionis crimine, etiam quoad hoc Cõstitutum, uti Doctores omnes falsi sunt.

Ad hæc: quamvis Veteres Interpretes vulgatam sequantur lectionem in *d. l. post contractum*, ideòque magis communiter dicant, quòd post contractum capitale crimen, antè tamèn quàm condemnetur, potest qui velit, alteri bona sua donare; tamen eorum plerique in adversum disputant, & nequaquàm valere donationes volunt: undè ita sentiẽtes si non verba alterius lectionis, sensum saltem arripiunt quod sicut nunc *Faber* ità *Odofredus* fecit, vide *Mozzium de contractu donationis rubr. prim. cap. 10. n. 25.*

7 Sed, qui in foro versantur, simpliciùs se gerunt, & cum *Jul. Clar. lib. 5. sent. §. fin. q. 78. n. 16.* asserunt valere donationem, sicut quemcumque contractum factum post commissum crimen antè condemnationem, nisi fraus subsit; hæc autem fraus quomodo probetur cum eodem *Claro* docent, necnon cum *Menochio de arbitr. casu 39. Beccio cons. 52. Hondedeo cõs. 46. lib. 1. Castillo dec. 72. à n. 15.* à quibus *Cutellus de donat. speciale 27.* quo in loco adijcit *num. 2.* fraudem hanc in donatione contemplatione matrimonij non præsumendam.

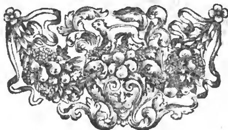
8 Quod autem dicebat *Accursius* posse ante condemnationem delinquenti solvere debitorem, & solutionem parere liberationem *Farinacius* ex communi sententia receptum testatur in *praxi crim. q. 25. n. 110. & Bajardus ad Clarum n. 92.*

9 Cæterùm & si delinquens donare possit, ut dictum est supra, donare tamen mortis causa non poterit, Siquidem & si ante admissum crimen donasset adhùc ob sequutum crimen donatio facta causa mortis, & si citrà fraudem revocaretur, ut firmant *Peguera quæst. Criminalium c. 49. n. 9. & Bajardus*, Sed si à donatione ad venditionem transgrediamur, & hanc delinquens fecisset ante delictum, sed eo fine, ut quandocunque delinqueret, pœnam effugeret, si postea se pœniteat, & nolens delinquere: nolit etiam venditionem valere, adhùc venditionem factam infringere non poterit, *Afflictus in cap. imperialem notab. 13. nu. 36. de probib. feudi alien.*

10

11. Tandem quæ dicta sunt de revocandis, sequuta condemnatione, donationibus, vera erunt, si condemnatio ritè, & rectè sequatur, at non si in contumaciã *Decius cons. 410. Plotus cons. 130. n. 31. & sequenter cons. diversorum tomo 1.* quod in crimine læsæ Majestatis admittunt *Addentes ad Clarum n. 90.* sed circa hæc & alia dicta superius, videndus pro majori intelligentia *Gifanus in lecturis Altorphinis ad tit. de donat. ad hanc l. 15.*

Finis Septimi Libri.



D. HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER OCTAVVS.



CAPVT I.

Reijcitur emendatio Fabriana ad tex. in l.si Titius 48. D.de fidejuss.

SVMMARIVM.

1 *Connanus hanc legem emendandam voluit. Sed Cujacius obstitit.*
2 *Fabri conjectura iterum emendare conantis reijcienda.*
3 *Firmatur recepta lectio.*
4 *Explicatur citatus tex.in l.si Titius 48.*
5 *Reijcitur Fabriana obiectio.*
6 *Item ejusdem Replicatio.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Pragmaticorum sententia.*
9 *Cum plures intervenerunt fidejuss. si unus solvat, ei competit cessio adversùs confideiuss. & habebit exceptionem cedendarum, modo sciverit alios secum fidejussisse.*
10 *Obtenta cessione ex illa aget, non ex primo contractu.*
11 *Novatio, unus ex modis liberandi fidejussores.*
12 *Adeo ipso jure liberat ut prior contractus non subsistat etiam stante reservatione.*
13 *Qui novandi animo ad fidejubendum accessit, & uti principalis se obligavit tenebitur, & si prior obligatio nulla.*
14 *Regula quod fideiussoria obligatio non consistit, nisi consistat principalis, limitatur in eo qui se insolidum obligat.*
15 *Item & multis alijs modis.*

1 QUanquàm jampridem viro gravissimo, & doctissimo *Francisco Connano* persuasum extiterit, emendandum esse *Papiniani* Responsum in *l.48. D.de fidejussoribus*; ideoque *in vers. Sed ità demùm* ubi legitur, *si postea minor. Sed si spontè minor* reponendum esse scripserit *comment.6.cap.7.num.11.* attamèn, quia tùm perspicua Ratione, tùm etiam *Græcorum* librorum authoritate *Jacobus Cujacius 10.obser.cap.23.* retinendam receptam lectionem ad oculum demonstravit; quęcunque de illa mutanda conjectura prorsùs
2 temeraria existimanda est, & talis in præsenti *Fabriana*, qua denuò quanquàm diversimodè emendare hoc ipsum Responsum conatur

præ-

præsertim quia si legeremus (*post minorem*) & ad illam speciem retorqueremus *Papinianum* in qua major post minorem acceptos fidejussor proponatur (qui casus ab *Accursio* exeogitatus, & explicatus fuit *in Gl. ad ver. ætatis, & à Bartolo n. 4.* ex quorum scriptis originem tùm *Fabriana* explicatio, tùm emendatio trahit) vera quidem protulisse *Papinianum* faciemus, sed concisè admodum, & longè minus eleganter quam *Vlpianus*, qui de hoc ipso Respondet in *l. in causa 13. D. de minoribus.*

3 Cæterùm nè recipiamus emendationem prædictã, & alia plura sunt, quæ suadent; primò omnium librorum, tum *Florentinorum*, tũ etiam *Noricorum, & Manuscriptorum* authoritas, in quibus constantissimè ponitur *postea minorem intercessisse*, scilicet posteà quã major intercesserat, item & *Græcorum*, in quibus, ut *Cujacius* monuit *lib. 26. tit. 1. c. 48*, scriptum est, *maior in solidum tenetur, si primum intercesserit, deinde minor.*

Secundò quia ad minùs elegãtem speciem *Papinianum* reducemus & ut minus dilucidè, & aptè quam *Vlpianus* discipulus tractaverit illam faciemus, ut diximus.

Tertiò quia ex eodem contextu apparet, non posse *Papinianum* de illa specie explicari, in qua fideiussor maior post minorem, & contemplatione juris prætorij, & restitutionis fuerit acceptus, quippèqui cum similem suam speciem de minore dicat esse antecedenti quæ de muliere *Papinianus*, sicuti in antecedenti Titius cum muliere non proponitur acceptus contemplatione Senatus Consulti, ità & in hac ut similitudo quadret, ponendum non est acceptum fideiussorem maiorem post minorẽ contemplatione juris prætorij, & in hoc oportet ut similitudo cõsistat; nam quoad alia diversimodè qui cum muliere obligatus est, ab eo se habet, qui cum minore in propositis speciebus; ut rectissimè *Cujacius* advertit loco supra citato.

4 Igitur nõ alia est comminiscenda species in citato responso *l. si Titius* 48. Sed explicanda illa, quam verba Juris Consulti præseferunt, & ponunt de majore qui primum fidejussit pro Titio apud Mevium, & deinde minorem in fidejubendo habuit sequacem, & in hoc casu primo dicendum est, majorem in solidum teneri, deinde excipiendum, *nisi dolo creditoris inductus sit minor, ut fidejuberet*, Etenim primum dictum eam rationem habet, quam *Cujacius* indicaverat, & tradidit postea apertius *Gothofredus* in notis, nempè quia is, qui à principio in se solùm obligationem recepit, jàm seipsum obligavit ad solidum, semel verò constituta obligatione non debet deterior fieri, aut in partem relaxari propter sequentem minoris fidejussionem; nàm hæc fragilis est propter beneficium ætatis, & restitutionis.

5 Neque obstat quod objicit *Faber* sub *nu. 7.* scilicet ex illis primis verbis *Titius, & Seja*, & ex postremis illis *adversus fidejussorem*, probari *Papinianum* de confidejussoribus tractare, scilicet de illis, qui eodem tempore, & alter alterius contemplatione, non ex intervallo fidejusserint; Etenim satis patet ex prioribus verbis nequaquam *Fabriana* assertio probari, nam illa incivilitèr adducuntur dum secundus casus de minore similis quidem antecedenti est, at non omninò idem cum illo: differt nanque in pluribus, quanquã cõveniat in eo solũ, quod in fidejussione utraque privilegiatus cũ nõ privilegiato intervenit; Item nec postrema verba stringere, nam non ex eo quod confidejussores vocantur qui fidejussère, oportet ponere eodem tempore acceptos fuisse cum sufficiat quod apud eundem, pro eodem, & ex eadem causa intervenerint. *Pomponius* enim in *l. à Titio 43. D. de fidejussoribus* confidejussores nõ esse, qui propter diversam causam, & proptèr diversas personas fidejusserint definiendo, vice versa esse confidejussores qui propter eandem causam & personam definit, ut *Accursius, et Goth.* ibidem adnotarunt, & *tex. in l. si plures 38. de admin. tutorum* ad rem non facit, nec oppositum probat; quamquam utcumque se res haberet in alijs juribus certè hic quo sensu confidejussores vocaverit *Papinianus* ex antecedentibus apertum est; nam cum posuerit apertis verbis diverso tempore fidejussores acceptos, non potest ex eo solo quod in postremis verbis cõfidejussores appellavit aliter explicari, & ab acceptis diverso tempore ad acceptos eodem tempore contorqueri; quamquã si confidejussores forent his soli, qui in eodem tẽpore accipiuntur, hoc ipsum multò magis obstaret *Fabrianæ* emẽdationi; quoniam fieret ut post minorem intervenisse majorem fingeretur, atque ità ut non aliter eodem tempore.

6 Et frustra respondet ipse *num. 9.* quod in sua emendatione major post minorem fidejussit, non ordine scripturæ, sed ordine intellectus; nàm insubsistẽtẽ responsionem hanc primò facit oppositio casuum, *si cum minore, & si posteà minor*, aut *si post minorem*. Secundò quia si minor cum maiore eodem tempore, & eodem scripturæ ordine accepti proponantur, quæri poterit à *Fabro* unde habeat contemplatione restitutionis Majorem fidejussisse, an forte ita comminiscendum ita præsumendum? Si respondeat id expressum fuisse, oportuit ergò etiam secundũ scripturæ ordinem & temporis, nõ autem intellectus tantũ acceptum majorem fuisse post minorem, quod non alio modo evenire potuit, nisi priùs expressum fuerit minorem fidejussisse; verum quia ut talis posset restitui, acceptũ ideo majorem; quo sanè modo etiam in ordine scrip-

turæ

turæ minor primò deinde major fidejussisset.

7 At lectionem vulgatam in hac *l. si Titius* 49. *D. de fidejussoribus*, nemo est ex *Repetentibus* qui non admittat, dum & communitèr legunt in vers. huic similis (*sed ità demùm onus alteri totum irrogandum est, si postea minor intercesserit*) & cum *Accursio* scotiunt voluisse *Papinianum* tunc ex confidejussoribus alteri totum onus irrogandum esse, cum alter, qui tanquàm minor restituitur non in eodem tempore cum primo, sed posteà (idest postquam ille intercesserat) fidejussisset, cujus Rationem eam esse dicunt; quia cum major à principio, & solus fideiussit, jàm ex tùnc de tota obligatione in se suscipienda cogitavit, atq; integro oneri jàm ex tùc se volens submisit: hinc qui fideiussor posteà accedit potiùs ad majorem Creditoris securitatem, quam ad priorem fideiussorem sublevandum venit, & proinde eo subducto propter incertum ætatis, & restitutionis priori fideiussori totum onus quod sibi irrogaverat remanet, ut latiùs *Bartolus*, & sequaces ratiocinantur.

8 Cæterùm Nostri qui in Foro sunt eum hujusmodi fidejussores vix admittant, & in contractibus omnibus insolidum obligari etiam eos, qui alienæ obligationi accedunt obstinatè velint, atque non alitèr accipiendos consulunt, ideo quoscunque ità acceptos, & si cum mulieribus, aut minoribus, semper teneri volunt insolidum; quia non tàm fidejussisse, & negotium gessisse alienum, quàm suum proprium exercuisse existimàt, & ità *Paris. Bertazolus*, & alij, cum quibus *Gratianus disfcept. cap.* 121. *num.* 21. & 25. ex quorum doctrina parum de suprà posita quæstione soli-

9 citos nos esse debere concludiitur: adnotant tamên primò ijdem *Pragmatici*, quod cum exploratum sit, quod plures fidejussores pro uno debito, aut pro uno principali recipi possunt ex *Coccino conf.* 18. *vol.* 1. & *Rota Genuensi decis.* 55. *num.* 3. ex hoc nascitur, quod ex his pluribus fideiussoribus, ei qui solvit, competit jurium cessio adversùs alios, ut post *Francū dec.* 553. passim jactāt; hinc exceptionē cedendarum actionum habere ut sibi cedatur contra cōfideiussores (eo modo quo haberet pro cessione adversùs principalem obtinēda) cum qui ex fideiussoribus convenitur, clamant iidem, modò à principio sciverit alios quoque secum ad fideiubendum accedere, aut promissum ei fuerit accessuros, ut in specie nostræ legis diximus: aliàs si ignoraverit, ex eo quod postea Creditor ad maiorem sui securitatem fieri curavit, ipse fideiussor utilitatem sentire non potest, nec eadem provisione uti adversùs Creditorem ipsum: ut dicunt *Seraph. decis.* 865. *n.* 1. *par.* 1. *Neguzant. par.* 5. *membro* 3. *nu.* 36. *Francus decis.* 55. *n.* 10. & post *Crassum, Caretinum, Barattum, Bertazolum*, aliosque *Cencius de censibus quæst.* 74. *num.* 14. Unde ad hanc distinctionem reducenda sunt ea, quæ post alios scripsit idem *Cencius quæst.* 71. *num.* 9. circa cessionem faciēdam adversùs fidejussores diverso tempore receptos. Omnium autem suprema Ratio illa est, quod eùm feicotèr primus eum secundo fidejubet, aut paciscitur alium post se fidejussurum, videtur fidejussisse, & se obligasse Ratione mutui periculi, ut advertit *Rota post Cencium decis.* 419. *num.* 10.

10 Præterea adnotant secundò, quod obtenta cessione, aget fideiussor non ex primo contractu, sed ex contractu cessionis, & ex hoc advertunt plerique; fructus census non ex primo contractu, sed ex secundo peterecum posse ut post *Rota decisionem* notavit *Consiliarius Rocco Responso* 44. *num.* 19.

11 Tertiò circa id, quod in hac *l.* dicitur de secundo fidejussore novandi animo accepto, adnotant inter modos liberandi fidejussores, & illum esse, si qui fidejusserat alterum fideiussorem, aut relevatorem in sui locum Creditori consentienti dederit, ut receptum in foro testatur decisio *Rotæ* 100. *post Cencium in tractatu de censibus num.* 3. & 4. & faciunt quæ *Franc. Marcus quæst.* 1061. & *Rota Genuensis decis.* 75. *in fine* adduxère, id quod *Consil. Staibanus lib.* 1. *resolut.* 31. cre-

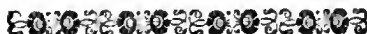
12 didit adcò verum, ut cum Creditor novandi animo per stipulationem sibi fieri delegationem consensit, statim fideiussorem liberari dixerit, etiam si Creditor ipse se fuerit protestatus, quod volebat sibi conservari primæva Jura adversùs fidejussores absentes; id quod perspicuam illam rationem habere potest, quod cum novatio intervenit, protestatio contraria facto nihil operatur, & prior obligatio non potest subsistere subsistente novatione; Sed videndi omninò ad materiam *Fr. Marcus quæst.* 537. *Decius cons.* 107. *Menoch. cons.* 111. *lib.* 3. *num.* 35. *Guid. Papa singul.* 717. *Tesaurus decis.* 125. *Hartam. lib.* 1. *tit. de fidejuss.*

13 Quartò ad hanc eamdem rem adnotant, quòd si fidejussor novandi animo accipiatur, quod præsumitur, eum uti principalis accesserit, & insolidum teneri voluit, *Cencius dicta quæst.* 74. *num.* 9. aut si expressè ità fuerit cōventum, ut novaretur, in his casibus, etiā si principalis obligatio fuisset nulla, tenebitur obligatusque manebit; ut idem *Cencius* observavit post alios in citata *qu.* 74. *num.* 9. quod ampliant etiàm si minor erat qui primo loco fideiussit, aut se debitorem principalem constituit, *Cappella Tolosana*

14 *quæst.* 53. *Lanfrancus Balbus decis.* 83. Et si aliàs Regula sit fidejussoriam obligationem habere semper clausulam illam insertam

si causa

si causa subsistat, atque principalis obligatio va-
lida sit, Rota post Concium decis. 29. num. 1. &
decis. 90. *num.* 5. quoniam Regulam hanc li-
mitant tum in prædictis, & cum secundus
15 fidejussor uti principalis accedit; tum
quoties specialis Ratio alitèr suader *Rota in*
d. decis. 29. *n.* 13. veluti si de fidejussoris clara
voluntate constet *Joseph Ludovicus decis. Pe-*
rusina 27. & in summa si qua alia subsit causa,
de qua videndi adducti ab *Olea de cess. In-*
rium tit. 5. §. 5. *num.* 46. sicut etiam si partim
subsistat prior obligatio, partim non; nàm
cum fidejussio sit divisibilis consistet pro par-
te, & valebit, *Rota decis.* 125. *num.* 18. Sed hæc
adnotasse sufficiat, nam siquis scire velit, in
quibus casibus novandi animus præsumatur,
& quando novatio, de qua in nostra lege fit
mentio, videatur facta, adire potest *Menochij*
locum 3. *præsump. cap.* 134. Sicut & de fidejus-
sore se obligante insolidum cum minore, &
muliere quid dicendum, consulere *Stauba-*
num obser. 31. *num.* 30. *& num.* 32.



CAPVT II.

De vers. quod si dolo eiusdem legis 48.

SVMMARIVM.

1 *In hoc Capite adversus Dion. Goth. Faber disputat.*
2 *Explicando quod scriptum in princ. legis ab alijs dicta affert.*
3 *Defenditur Gothofredi assertio.*
4 *Iterum adversùs Fabrum.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Renunciationes aliæq; clausulæ usitatæ in accipiendis fidejussoribus, eos insolidum obligatos, & principales reddunt.*
8 *Adversus insolidum obligatos non potest exequi sententia lata adversùs principalem si ipsi non fuerint in judicio auditi.*

1 PRæsenti capite *Faber* primum adversùs
Dionysium Gothofredum disputat in ex-
plicatione sequentium verborum, quæ extant
in vers. quod si dolo ejusdem l. 48. (*Quod si dolo*
Crediteris inductus sit minor, ut fidejubeat non
magis Creditori succurrendum adversùs con-
fidejussorem, quam si facta novatione circum-
vento minore desideraret in veterem debitorem
2 *utilem actionem sibi dari.* Deindè differit circà
primum ejusdem legis caput de mulieris, &
Titij fidejussione, & de *Vellejano Sen. Con-*
sulto: sed quanquàm plurima, & nova, & sua
proferre nos credere velit, non alia tamen,
quàm ea, quæ *Accursius* excogitaverat, & post
illum ad hoc Responsum adnotaverant an-
tiquiores *Interpretes* adducit; inter quæ po-
tissimum illud, quod neutro casu succurren-
dum adversùs confidejussorem Creditori sit,
sive dolo minorem ad fidejubendum, sivè ad
novandum induxerit; nàm dolo suo actio-
nem priorem amisit, quod desumptum ab
Accursio ad verbum *facta*.

3 Sed videamus, an *Dionysij Gothofredi* viri doctissimi explicatio tueri possit: pendet difficultas ex quæstione illa, utrum succurrendum sit Creditori adversùs veterem debitorem, si minorem ipse circumvenisset, & per dolum ad novandum induxisset; in qua & si *Accursius*, & nonnulli alij negaverint, ipse *Goth.* ex adverso affirmat, adductis pro se *l. minor* 48. *l. Junius fin. D. de min. & l. unic. C. de imputationibus*, quæ sanè Jura cum non parùm ipsius sententiā comprobent, nam vix est, ut restringi possint, & ut ad ea applicari exceptio illa, *nisi Crediteris dolus intervenerit*, videntur *Gothofredo* aßentiri nos cogere, nā generalitèr, & indistinctè loquūtur; nec verisimile est in ipsis exceptionem prædictam maximi momenti oscitanter fuisse omißam: quando *Papinianus* in hac *l.* 48. veluti ex re vulgata, argumentum desumit de Creditore qui circumvenisset.

4 Cæterùm si retenta recepta explicatione proponeretur fidejussorem non simplicitèr, sed contemplatione juris prætorij acceptum, vereor ne non absolutè, ut *Fabro* placet dici possit, non esse succurrendum creditori, ut quod sibi debetur recuperet; nàm versutus ille qui se circumvenisse minorem sciens, majorem postea accepit, idque contemplatione juris prętorij, & propter incertū ętatis & restitutionis, quia non aliud quam sibi prospicere voluit, credēdum erit ita sibi prospexisse, ut etiam si comperto dolo minor restitueretur, suum creditū consequeretur & ad hoc sibi voluisse cautum; nisi adeò secordem, & stupidum credamus, qui adversus restitutionem ex causa incerta se providit, & adversùs restitutionem, ex causa certa non itèm; igitur quæstio hæc facti potiùs, quam juris erit, & à circumstantijs facti ejus decisio elicienda.

5 Veteres tamen *Repetentes* non sic ratiocinantur, sed ut suprà diximus post *Accursiū* ad ver. *facta* idem sentière quod *Faber* qui Veteris opinionis assertor potiùs quam novæ inventor hic fuit: cum tamèn Neoterici cum *Dionysio Gothofredo* sentiant.

6 *Pragmatici* autem suprà adducta distinctione usi tunc ad omnem debitum fidejussorem teneri volunt, cum simplicitèr intercessit nil cogitans de confidejussore futu-

fututo, verum ſi cogitavit non idem aſſerunt, & proinde ab intentione fidejuſſoris conjecturata, rem decidendam exiſtimare: videndumque, an alterius fidejuſſionis contemplatione ipſe acceſſerit juxta terminos, quibus utuntur *Merlinus de pign. lib. 4. qu. 72. n. 12. Praſ. de Franckis dec. 55.* Et in propoſita ſpecie de minore dolo accepto, nil ſpeciale operari exiſtimant quod creditor dolum adhibuit erga minorem; quoniam ſi fidejuſſor ſciens ſecum alium confidejuſſurum ſe obligavit, ſive poſt modum ſecundus non fidejubeat, ſive fidejubeat quidem, ſed quia minor, vel quia mulier, aut quia dolo acceptus, inutilis fiat eorum fidejuſſio, in his omnibus caſibus pari modo teneri primum unanimiter conſentiunt. At è cõtrario ſi ſimpliciter fidejuſſiſſe ſupponatur nulla habita ratione de ſecundo neq; illius contemplatione, tũ ſi quia dolo creditor minorem adegit, ad fidejubendum, atque ita ex admiſſo dolo, tum ſi quavis ex alia cauſa ſecunda fidejuſſio non valet ſemper, & pari modo integram obligationem ſubire cogendum primũ affirmant.

7 Sed quoniam, ut aliàs monuimus jam apud Nos fere in diſſuetudinem obligatio fidejuſſorum abijt quoniàm, & *Pragmaticorũ, &* Tabellionum ſtylus ferè omnes inſolidum cum principali obligatos reddit, & cum renunciatione epiſtolæ *D. Hadriani*, & beneficij novæ Conſtitutionis, ut paſſim in foro experimur; ideo adnotandum erit quod hujuſmodi renunciationes quas quid contineat docuerat tamquam ſingulare *Hippol. ſingul. 2.* non parum operantur, ut conſtat ex *Afflicto dec. 182. n. 12 Guidone Papa qu. 94. Decio conſ. 27.* & ſignantèr illud, ut & ſi ita expreſsè conventum non fuerit, faciat obligatum ex fidejuſſore principalem, ut *Cravetta* voluit *conſ. 172. n. 13. & Hartamanus lib. 2. cap. 1. de fidejuſſoribus* quãquam in dubium hoc quidam revocent ex *Rota Genuenſis traditis deciſione 65.*

8 Rurſus ad notandum quoque quod quamvis *Pragmatici* tam faciles ſint in obligando eos inſolidum cum principali qui ut fidejuſſores acceſsère, attamen ſi hi, & ſi inſolidum obligati, conventi poſtea inſimul cum principali, & auditi non fuerint; tunc ſententiam adverſus principalem latam, poſſe exequi adverſus eos ſine novo proceſſu negant poſt *Guid. Papam q. 26. Fr. Marcum q. 1065. Minſinger. obſer. 96. cent. 4. Decium conſ. 400. n. fin. Nattam conſ. 345. & ſimiles.*





CAPUT III.

Quibus caſibus reſtitutio minoris proſit fidejuſſori.

SUMMARIUM.

1 *In hac quæſtione Interpretes diſtinguunt, ſed varie.*
2 *Si fidejuſſor fuerit doli particeps non juvare dicendum, ſecus ſi ignorans etiam ſi dolus det cauſam Reſtitutioni.*
3 *At ſi non dolus, ſed ætas, non juvabit indiſtinctè.*
4 *Probatur aſſertio.*
5 *Refutatur Faber.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *Hi affirmant prodeſſe.*
8 *Ratio qua moventur.*
9 *In quibus caſibus non juvat reſtitutio majorem.*
10 *De reſtitutione impetrata adverſus ſententiam diſtinguitur.*

1 PErtinet ad præcedentia quæſtio iſta, an fidejuſſoribus quoque proſit reſtitutio à minore impetrata; in qua tamen, & ſi concordes omnes diſtinguendum eſſe velint, utrum adverſarij dolus dederit reſtitutioni cauſam, an verò minor ætas cum læſione conjuncta: non tamen omnes in explicando conſentiũt quid in uno, quidve in altero diſtinctionis capite dicendum ſit; nam varij ſunt, & implicati: hinc omiſſis pro nunc aliorum opinamentis, paucis hic meam proponam ſententiam.

2 Circà primum cum dolus reſtitutioni cauſam dederit, admitto, & ego fidejuſſori profuturam reſtitutionem, cui & doli exceptio profuiſſet: ſi tamen profuiſſet, ideſt ſi & fidejuſſor dolum adhibitum ignoraſſet: adeò, ut & ipſe circumventus fuerit, nam alioquin ſi vel doli particeps fuiſſet, vel ſciens dolum interveniſſet, eaque de cauſa ſe adigi ad fidejubendum voluerit, non rectè auxilio reſtitutionis ſe juvandum prætendet; ſiquidem injuria doli exceptioné objiceret dum doli particeps fuit. Cęterùm in propoſita ſpecie datam minori circumvento exceptionem à lege lætoria ex *Cicerone* rectè obſervavit *Cujacius lib. 19. obſer. cap. 29.*

3 At circà ſecundum caput, cum ſcilicet nullo interveniente ex parte creditoris dolo, tãtummodò læſio, & ætatis privilegium reſtitutionis beneficium extorſit, tunc non ſub

distinguendum, sed generalitèr dicendum, volo, nullo modo prodesse fidejussori restitutionem, sive eam contemplatione Juris prætorij impetrasset, quod nullam habet dubitationem, & ante *Fabrum*, à *Cujacio* ubi suprà, cæterisque observatum est, siue si simplicitèr, nèc tanquam minor, sed tanquam alius quilibet, & eo modo quo etiam majores illam obtinuissent.

4 Probatur hęc assertio in *l.1.* & in *l.2. C. de fidejuss.min.* in quibus apertis verbis Rescriptum est fidejussores non juvare restitutionem à minoribus impetratã, & habere hãc propositionẽ suas exceptiones cõstat; ideóq; *Vlpianus in l.3.§.sed utrum vers.sed hoc auxilium D. de min.* interdũ juvare dixit, unde ex hac asser-
5 tione convincitur *Faber*, qui adversus ipsa Juris Consulti verba, quod ille interdùm admittit, semper admittẽdum profert, & exceptiones ipsas pro Regula assumens contrarium ejus quod J. Consultus docuit stabilire conatur, volens restitutionem prodesse eo tantum prætextu, quod æquum sit in damno fidejussorem non morari, nec advertit hoc ipsum, an æquum sit necnè, in quæstione esse, & æquum non esse creditorem damnum pati.

Optimè igitur, *Gothofr.* notat ad citatam *l.1. C. de fideiuss. min.* firmata negativa Regula cum *Imperatoribus* ibidem, excipiendum postea esse, primò nisi dòlus intercesserit, ut suprà diximus, secundò si nil creditori deperit *l.si pupillus 89. D.de acquir. hæred. l.minor 51. D. de procurat.* in quorum speciebus quia nil creditori deperit, fidejussoribus succurritur.

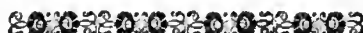
Nec quidquam movet quod obijcit *Faber*, quod in citata *l. si minor 51.* de primo illo debitore, cuius defensionem susceperat minor eo quod inops esse poterat, tractatur: & quod in prædicta *l. si pupillus 89.* eo, quod hæreditas solvendo esse non posset, aut hæres; ideo ita fuerit cõclusum, etenim quoad primũ leges adaptantur ad ea, quæ frequentiùs accidũnt. Et quoad secundum cum creditor nil aliud à principio habuerit, quã actionem adversus priorem debitorem, vel adversùs defunctum, vel ex testamento, nil ei deperit, quando eadem actio ei remanet & adversus eosdem, nã restitutio minoris, aut fideiussoris non aliud fecit quam ne acquireret aliquid aliud ultra id, quod priùs habebat; & sanè cum longè aliud sit jacturam pati ejus, quod quis habuerat, & aliud non aliquod ultra acquirere (& si creditor jacturam patiatur non succurratur fideiussori, si verò nõ patiatur ei succurratur) oportebit cõcludere quod cum in adductis juribus fidejussori succurratur, certum est in illis jacturam creditorem non passum supponi.

6 Sed si quæramus in foro, utrùm exceptio restitutionis in integrum minori competens fidejussori quoque prosit, quamquam *Repetentes*, ut suprà diximus, variè distinxerit; Nostri tamen simpliciter prodesse Respondẽt in eo casu, in quo dolus, quo minor circumventus proponitur restitutioni causam dederit; & è contrà, non juvare affirmant restitutionẽ si contemplatione juris prætorij, & ipsiusmet restitutionis fuerit fideiussor acceptus.

7 Quęstio itaque apud ipsos tunc est cum simplicitèr acceptus, & citrà dolum fideiussor fuerit, an prodesse restitutio possit: & quamvis de iure verius sit quod non prosit, ut suprà dicebamus; attamèn plures sunt qui affirmant edocti ab antiquis *Bartolo in l. si fideiussor num.2. D. de re judicata, Imola ibidem, & similibus in l.si procurator D. eodem tit.* quorum sententia *Fabri* coniectura, sal-
8 tem ex parte asseritur: Moventur autem ipsi ex prætextu, quod nisi restitutionem prodesse in proposita specie, & fideiussori quoq; dicatur, eadẽ nec ipsi minori proderit, quoniàm adversùs minorem tandem regressum fideiussor solvẽs sit habiturus, saltèm in casibus enumeratis à *Paponio lib.16.tit.3. Aresto* 14. hinc ita ratiocinantur cũ *Trentac.2.variar.tit. de minoribus res.4. num.7. Noguer. allegat.15.*
9 *num.5.* & alij. Unde si eveniat quod huic regressui locus non sit, & quotiès locus non est, ultrò concedunt, non prodesse restitutionem à minore impetratam fideiussori cum *Menochio cons.795. Tonduto de prævent.cap.18.n.35 Muta dec.6. Rota Romana penès Zacchiam de obligatione camerali dec.150.n.18.* alijsq; cum *Olea Guzmano Giron. Mele, & similibus* adductis, ac rectè expensis à *D. Hieronymo Cala* in suo absolutissimo tractatu *de restitutione in integrum min. quandoque deneganda quæst.28. num.16. & sequentibus,* ubi plura ad materiã scitu dignissima, ex quibus, & ex dictis supra ostenditur apertè, quod circà illa, quę *Faber* hic habet, præcipuè *n.11.* inter ipsum, & eos qui in foro versantur nulla controversia est.

10 Insuper quæri solet si adversus sententiam, eiusve exequutionem, restitutionem in integrum minor petierit, aut obtinuerit, an illius prætextu juvari majores litis consortes possint, & placuit distinguendum esse; utrum res, quæ petitur individua sit, sivè adeò connexa, ut nõ possit exequi sententia pro parte majorum nisi, & pro parte minorum exequatur, & restitutio proderit etiam maioribus, aut talis non est, & sine aliorũ offensione, & præiudicio potest advers. majores exequi, & non proderit, & ità ex *Afflicto decis.215. Aufrerio ad Cappellam Tolosanam decis.55.* alijsque, rem benè declarat ad praxim *Galluppus p.3.cap.5. de remedio restitutionis.*

ÇA-



CAPUT IV.

Retinetur recepta lectio in §. quod vulgò l.Stichum,aut Pamphilum 95.D.de solut.

SUMMARIUM.

1 *Exploratum in jure quod quando reus debendi, aut stipulandi succedit Correo obligatio non extinguitur.*
2 *Non sic cum Creditor debitori, vel è contra.*
3 *Fabri, & Cuiacij assertio refellitur.*
4 *Recepta lectio defenditur, & explicatur adversus Fabrum, & Cuiacium.*
5 *Reicitur Fabri expositio ad secundam partem §.in vers.ex contrario.*
6 *Item eius emendatio.*
7 *Quamvis emendandam literam tex. verum sit.*
8 *Quid Veteres Glossatores, & quid Repetentes.*
9 *Dilatio concessa principali non iuvat fideiussorem.*
10 *Quamvis iuvet restitutio in integrum.*
11 *Item, & pactum, sed cum distinctione.*
12 *Si minoris obligatio ob non servatas Statuti sollemnitates sit nulla, non talis sit fideiussoria.*

1 EXploratum adeò in Jure nostro est,quòd si Reus debendi aut stipulandi Correo succedat, neutra obligatio perimitur ex tex. in *l.si duo* 93.*D.de solut.l.si a principio* §.1.*D.de fideiuss.*ut in dubium revocari nō mereatur ob vers.*item si duo d.l.*93. nàm emendandam in eo Florentinam esse lectionem, transponendamque negationem communi consensu firmatum est; post viros eruditissimos *Jacobum Cujacium* 11.*obser.cap.*14.*Donellum* 16.*comment.c.ap.*14.aliosque,ex quibus *Faber*,hic *n.*2.
2 constat etiam,quòd quotiès Debitori Creditor,aut è contra Creditor succedit Debitori, confusio inducitur, &obligatio perimitur *l. Stichum* 95. *de solut.* ea ratione , quod nemo sibi ipsi debere potest *l.*7.*C.de pactis l.*3.*C.de fideicomm.* ut alibi latius explicavimus.Quid ergò dicendum si reo principali obligato fidejussor succedat, remanet disquirendum;sed quia placuit juris authoribus distinguendū esse an plenior principalis obligatio fideiussoria fuerit,an nō, ut *Papinianus* apertis verbis pronunciat in *l.Stichum aut Pamphilum* 91. §.*quod vulgo D.de solut.* ibi *toties verum est,quotiès plenior Rei promittendi obligatio invenitur* ipsis adsentiendum ; &ex eorum traditis in proposita quæstione ratiocinandum erit.

Sed cum ex hoc nemo non intelligat posse fieri, ut aliquando plenior quam obligatio principalis,fideiussoria inveniatur,nemo etiā
3 non mirabitur quod *Faber* in hoc capite sub fine *num.*2. scripserit, nunquam posse fideiussoriam obligationem pleniorem esse, ea ratione , quod hoc ipsum, quod accessoria est facit ut plenior esse non possit ; & quamvis impulerit eum in hunc errorem quod *Jacobus Cuiacius* tradidit *lib.obser.*11.*cap.*34.attamèn animadvertere debuerat, quòd *Papinianus* de confundenda fideiussoria obligatione cum principali tractans,non sistit in primis terminis obligationū,in quibus certissimū est quod principalis, ut talis semper plenior est fideiussoria obligatione; unde non rectè quod vulgò pronunciabatur á J. Consulto distinctum fuisset ; sed supposita utriusque obligationis natura ultrò progreditur; & advertit posse ex facto contingere,ut quoad effectum, quoad vinculum magis stringat fidejussoria obligatio,quā principalis,& ideo plenior dici mereatur. Hoc autem cū *Fab.*negare vellet,& nequaquam à *Papin.* dictum quod fidejussoria obligatio pleniot principali inveniri possit , scribit sub *n.*2 *in fine* dixisse illú fieri posse, ut nec ipsa obligatio sit plenior; acutè sanè si Dijs placet , quasi quod eo casu, quo principalis obligatio plena non est, statim non appareret fidejussoriam illa esse pleniorem , quoniam eam talem comparatio reddit.

4 At cum hujus rei, nempe cum de pleniore obligatione fidejussoria,subiecerit hoc exemplum *Papinianus. Nam si reus dumtaxat fuit obligatus,fidejussor liberabitur* Interpretes nostri quibus obscura forma loquendi visa, varias attulère expositiones, & eum inter eos primus, ut solet *Accursius* J. Consulti pronunciatum exemplificasset in obligatione naturali , dum ad verbum *plenior* adnotavit *plenior scilicet plena,& efficax civilis,& naturalis, aliud si tantùm naturalis*, Id præbuit occasionem *Cuiacio* quamquam non ab *Accursio* , sed à *Græcis lib.*26. *Basilicorum tit.*5. habuisse dicat *cap.*34.*observat.lib.*11. emendandi recepram lectionem,legendumq; *nam si reus natura dumtaxat fuit obligatus* , quod & in præsenti recipiendum suadetur .

5 Ego tū & si fateat hoc exemplum, *Accursij*, & Græcorum,posse ad Juris Consulti verba accommodari : non tamen possum induci, ut ad hanc unam speciem ea restringā cū magis generalitèr accipiēda sciā,& possint.neq; ad hoc ut sensus minùs fiat elegās receptā lectionē mutare convenit; quippequod aptius dicta verba exponuntur , si sensus sit, si reus

dumtaxàt fuerit obligatus;nam ita dicitur nõ aliud in eo considerandum, quam quod fuit obligatus, cum non aliud habeat, neque auxilium, neque exceptionem ullam, aut defensionem, sed est dumtaxàt absque ope ulla obligatus, & in hoc sensu poterit in prima parte §. recepta lectio defendi.

Sed dum ad secundam partem subjeit *Faber*, tùm explicationem, tùm etiam emendationem incipiens à vers. *ex Contrario*, utraque mala est, & reiicienda, & quidem mala explicatio est, nàm & si corrupta lectione, quam nos *Suspicionum libris* emẽdavimus deludi potuit, & delusus sit, animadvertere tamen debuerat ex Regula jàm à principio ab ipso *Papiniano* proposita; quod quotiès obligatio fidejussoria plenior est principali, totiès non habet locum, quod vulgò dicebatur, fidejussorem, qui debitori hæres extitit ex causa fidejussionis liberari, ideòque cum in proposita specie de minore obligato, qui personalem exceptionem habeat tractatum fuerit, & fideiussoria obligatio plenior reperta; nam & si fideiussor non fuisset acceptus contemplatione Juris prætorij, utcumq; tamen verum erat, *reum non dumtaxàt esse obligatum*, ut in superiori specie, sed exceptione tutum qua cum non uti possit fideiussor, plenior eius obligatio existimabatur; cõcludere *Faber* debuerat non tolli fidejussoriam obligationem, ideòque non difficilè esse eã retinere ex causa iuris honorarij, quod potuit minori auxilio esse: atque ad hunc sen-
6 sum faciendum literã accomodare. Hinc rursùs malam emendationem dicemus tum ex dictis, tum quia hæc loquendi formula *retinere fidejussoris obligationem, ac non potiùs solã manere minoris obligationem*, parùm conveniens videtur, & prorsùs aliena à *Papiniani* acumine, & brevitate.

7 Non tamèn inficior, sed assentior *Fabro*, quod hic locus corruptus sit, & emendatione indigeat, solum contendo allatam ab ipso bonam non esse, unde si quis meliorem haber, ut proferat rogo, ego meam libris *Suspicionum* proposui, sed meliorem non exclusi.

8 Porrò quanquàm hic textus in §. *quod vulgò l. Stichum* 95. *D. de solutionibus*, nonnullas passus fuerit difficultates apud antiquiores Glossatores, *Joannem scil. Azonem, Rogerium, & Accursium*, ut vel in ejusdem *Accursij* glossis videre est, illas tamen non circa lectionem, nàm hanc vexarunt primi *Cujac. & Faber*, sed circà explicationẽ passus fuit, & nihilominùs ne circa hãc quidẽ postea judicio sequentium Repetentium invenit, nàm *Repetentes* simpliciter rem tractantes, ita eum interpretati sunt post *Paulum Castrensem*, ut primo Regulam statuerint, quod si principali obligato fidejussor hæres fiat, extinguetur fidejussio, quoniã accessoria, & manebit principalis, ut aliàs diximus; deinde limitationem adhibuerint, nisi fidejussoria ipsa obligatio efficacior, & plenior principali obligatione fuerit; addiderint deniq; quod hoc nequaquam contingit, si Reus quamvis fuisset inefficacitèr obligatus, inefficaciã tamen illã ad hæredem transmittere non potuisset, nam quia tunc hæres semper ex sua persona obligatus remansurus, plenior fidejussoria obligatio dici non meretur; id verò non ita esse concedunt, si efficax quidèm fuerat principalis obligatio, sed tamèn beneficio restitutionis obnoxia, nam tunc fidejussoriam remanere in casibus suprà expressis, concludunt cum *Bartolo ad hanc l. Stichum* 95. & alibi passim, & cum *Cujacio observat. lib.* 15. *cap.* 11. & sequacibus.

9 Rursus sumpta occasione eorum, quæ dicta à nobis sunt cum *Fabro*, & alijs de Minore, & de reo principali, cujus obligatio ineffieax est, aut exposita restitutionis beneficio, aut simili exceptioni, Adnotandum erit ex Nostris, quod Dilatio Principis beneficio cõcessa principali non prodest fidejussoribus, ut scribit *Franc. Marcus quæst.* 240. *num.* 7. *Ludovi-*
10 *cus decis.* 27. *Perusina*, & alij passim, qui aliud sentiunt, de in integrum restitutione; nam hãc ex persona minoris, vel ipsum quoq; fidejussorem petere posse (& si jura aliter velle alibi diximus) asseverant cum *Menochio*
11 *cons.* 179. *lib.* 2. *& Natta cons.* 698. *num.* 6 addẽtes & pactum liberatorium prodesse quoq; fidejussori, ut idem *Franc. Marcus quæst.* 537. *num.* 4. *post Glossam in l. fin. D. de pactis* dicebat: quamvis hæc doctrina suas habeat limitationes apud *Cons. Staibanum resolutione* 31. *num.* 31. Item notandum erit, quod cessio bonorum à principali facta fidejussori non prodest, ut dixit *Guidon Papa quæst.* 211. *nu.* 3. *& Franc. Marcus qu.* 313. & sanè sicut injustum foret semel quæsitam fidejussori defensionẽ ab ipso invito, vel per pactum rei principalis auferre, ut dicitur in *l. fin. ubi Doctores D. de pactis*, ità è contrà injustum est plus prębere, quàm leges velint.

12 Notandum tertiò ex his nasci, quod si minoris obligatio beneficio statuti certas sollemnitates requirentis fuerit nulla, non ideò poterit fidejussor nullam quoque esse suam obligationem prætendere, pluries enim *Rota Romana* eum exclusit, & justè ut fundat *Gratianus discept. forensium cap.* 122. *a nu.* 14. à quo, ut solet *Cons. Staibanus in obser.* 31. *à num.* 28. plura notat ad hanc rem.

CA-



CAPVT V.

Ad tex. in l. Marcellus 25. D. de fidejuss.

SVMMARIVM.

1 *Famigeratum hoc responsum plures habuit Expositores.*
2 *Faber in detegendis alienis erroribus pluries erravit.*
3 *Error primus.*
4 *Error secundus, si retinenda recepta lectio.*
5 *Error tertius in exponenda Vlpiani ratione.*
6 *De distinctione inter Natura debere, & naturaliter debere.*
7 *Repetentium sententia.*
8 *Quam tamen plerique non recipiunt.*
9 *Pragmaticorum temperamentum.*
10 *An fidejussor interveniat pro filio familias, qui non obligatur obstante statuto.*
11 *Rescisso contractu jure communi non tenetur fidejussor.*
12 *Item rescissa transactione.*

1 FAmigeratū *Vlpiani* Responsum in *l. Marcellus 25. D. de fidejussoribus*, plures habuit Expositores: quorum præcipui *Jacobus Cujacius ad l. 6. D. de verb. oblig. & lib. 16. obser. cap. 24. Contius 20. subsecivarum cap. 3. Revardus 2. variarum 9. Treutlerus disput. 28. de fideiuss. Thesi 3. lit. B. vol. 2. Bachovius ibidem in notatis, Donellus ad l. 127. D. de verb. oblig. Corasius cap. 22. lib. 6. Miscellan. Vlteius primo de scept. cap. 17. Eguinarius Baro ad l. 13. D. de condit. indebiti, & Marcus Linklama membranarum 6. cap. 8.* qui omnes varia commenti sunt, vel in emendanda, vel in retinenda recepta lectione; quod si quis ferè omnium sententias velit in unum collectas apud *Genoam de passeribus* inveniet in Juris Civilis conciliationibus. Nos vero fatemur emendandum textum esse, atque ideò in eadem sententia persistimus, quam proposuimus in *Suspicionum* libris.

2 At noster *Faber*, quia in hoc capite aliorum explicationes convellens, dum alienos errores detexit, plures, & ipse commisit, occasionem nobis præbuit, ut & nos investigemus, & detegamus.

3 Primus itaque error *Fabri* est; nam assumit sub *num. 1.* quod quotiès fidejussor accesserit simpliciter absque contemplatione Juris prętorij, totiès beneficium Restitutionis minori competens ei prosit; cum tamen falsum hoc sit, ut *cap. 3.* suprà monuimus; nàm tunc prodesse beneficium ostendimus ex Regula *l. 1. & 2. C. de fidejuss. minorum.* Cum dolus Creditoris causam Restitutioni dedisset, & hanc præcipuam, & unicam exceptionem esse: eo quod illas quas *Gothofredus* in citatis Juribus adnotavit, prædictam negativam Regulam firmare potiùs quam labefactare demonstravimus.

4 Secundus error, in eo est, quod retenta recepta lectione (*magis est, ut ei non subveniatur*) putat imputandum fidejussori, quod pro pupillo, vel furioso, vel prodigo intercesserit, nō adhibito tutore, vel Curatore; ea de causa quod scire potuit, aut ignorare non debuit, nec pupillum, nec furiosum, nec prodigum ex mandato obligari; & tamen advertere *Faber* debuit id tunc dici posse, cum fidejussor sciēs fuerit quod is, pro quo interveniebat pupillus, erat aut furiosus, aut prodigus, & advertere non teneri semper nec presumi id fidejussorem scire, quid enim si minor ex aspectu major appareat? quid si furiosus sit in specie inumbratæ quietis? quid si pro prodigo intervenerit? an etiam prodigum eum esse qui contrahit scire fideiussor tenebitur?

5 Tertius error: nàm vulgata lectione, & explicatione retenta, existimat rationem illam *Vlpiani: quoniam his mandati actio non competit* aptam esse: ideòque eam sic explicat: ideò fideiussori non subveniendum dicitur; quia mandati actionem habiturus non sit: Et tamèn huic explicationi, primò obstat litera textus, ibi, *quoniam his mandati actio non competit* illud enim (*his*) non de fidejussore, de quo in singulari numero loquutū erat, sed de pupillo prodigo, & furioso prolatū extat; & ex hoc proditur ineptitudo allatæ Rationis, nā si sequendus vulgaris intellectus erit, qui hæc de subventione fidejussoris exponit: qua de causa quia illi mandati actionē non habēt fidejussori non subveniendum? Secundò obstat Ratio illa, quod dato, & concesso, non habere fideiussorem mandati actionem, non ideo sequitur ei non esse subveniendum, atq; ita afflicto adiungendam afflictionem dupliciq; incommodo pauperem fideiussorē gravandum, nēpè ut ei nō subveniatur, & ut mādati actionem nō habeat. de reliquo nulla major Ratio nos adstringit, ut dicamus ideò nō subveniri: quia mandati non competit actio, & non potiùs vice versa ideò mandati actionem non competere: quia ei non subvenitur.

6 Præterea addendum, quod distinctionem propositam inter obligatum iure naturali, & obligatum naturaliter, idest obligatum ex facto ipso, multò meliùs, quam *Faber* Nos docuit *Jacobus Revardus in §. is naturà l. cum amplius 84. D. de reg. iuris.* Nam & à J. Consultorum Sectis eam repetit, quamquā parùm

ad

ad rem in præsentia *Fabro* adducatur; quippèquod si idem est in eius sententia *naturâ debere, & iure naturali debere*, ut sub fine *numeri* 7. scribit & idem *naturalitèr debere, ac aequitatis vinculo teneri*, quis non videt ex hoc sequi, quod is, qui *naturalitèr debet* quia ex æquitate, & naturali ratione debet *jure naturali debet*? quia jus naturale naturalis ratio est. & nihilominus adhùc verum est debere eundem iure gentium; nam qui naturâ debet, iure gentium debet, ut dicitur in *d.§.is natura debet l.84.de reg.jur.* undè rectissimè ad *d.§. à DD.* præcipuè ab eruditissimo *Petro Fabro* adnotatum est, nullam esse naturalem obligationem, quæ juris gentium non sit, & è cõtrà; æquitatis enim ratio facit, ut quis obligetur. Ex his autẽ quis non videt dicendum esse quod naturalitèr obligari non nudũ factum dicit, ut comedere, & bibere; sed aliquid aliud quod rationis quoque & æquitatis sit; ideoq; dicit aliquod nõ solũ nudi facti, sed iuris, iuris scilicet sive rationis naturalis, & quod idem est iuris gentium, ut appositè *Jacobus Gothofredus in Comment. de reg. iur. ad d.l.64.* explicavit.

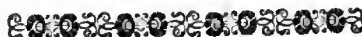
7 Præterea corruptam esse tex. literam vel ex eo etiam constat quod *Repetentes* quoque omnes, post *Accursium* animadvertère *Vlpianum* in hac *l.Marcellus D.de fideiuss.* adversari his quæ alibi dixerat, nempè in *l.is cui D.de verb. obligat.* & hinc varios excogitavcrunt modos quibus secũ ipso *Vlp.* cõciliarẽt, quos adductos *Genua* in sua conciliatione legũ collegit, frequentius tamen cum *Bartolo, Rainerio de Forli, Baldo, Ripa, Imola, & similibus* placuit meliotibus in *hac l. Marcellum* ponendum esse, ideo prodigum, vel furiosum naturalitèr dici obligatum, quia ei, qui naturalitèr obligatus fuerat, hæres extiterat; ideoque nil mirum si pro ipso accedere fideiussor potuerit.

8 Sed non desunt qui, & hunc conciliandi modum respuant inter quos *Caldas* est in *l.si Curatorem habens C.de restit.in integrum n.*23 à plerisq; sequutus. Undè intelligimus quod quæcumquè *Faber* hic sivè adversùs *Accursiũ*, sivè adversùs alios attulerit, ea omnia ex citatis *Repetentibus* desumpsit.

9 Qui autem in foro versantur, solent itarem temperare, ut admittant fidejussorem accedere posse ad obligationem pupilli, vel prodigi, si tamen prodigus, vel pupillus reipsa, & ex ipso negotio gesto; quoniam effecti locupletiores obligati remanserint, ità passim dictitantes post *Paulum Montanum de jure tutelarum cap.*30. *n.*100.*& seq.*

10 Rursùs, & dum illud in foro disquiritur, utrum fidejussor pro filiofamilias (nam plura sunt statuta quæ vetant filiosfamilias obligari sine pàtris consensu) accipi validè possit? Respondetur post *Cavalc. dec.*2. *de contractibus* negativè; nam habetur pro Regula, quod beneficium prohibitorium, ut dicunt obligationis transit quoque in fidejussorem, *Franc.Marcus quæst.*340.*n.*11. unde sicut invalidè filiusfamilias obstãte statuto, ita & invalidè pro eo fidejussor obligatetur. His adjiciunt quod & si vulgo receptum sit, non teneri fidejussorem rescisso contractu, id tamen habebit locum eum contractus ex dispositione juris communis, non autem eum iure speciali rescinditur, ut notatur apud *Francum dec.*247.id quodne obstet antecedenti traditioni, defendũt quod prohibitio statuti prohibitioni juris communis æquiparetur, & cõtractus ob eam rescissus, dicatur iure communi non speciali rescissus.

Denique communi calculo quod obtenta restitutione transactionis, nec fideiussores teneri æquum sit, ex *Pinello, & Congerio* notat *Altogradus contr.*186.*n.*70. receptum esse.



CAPVT VI.

Reiicitur Fabri explicatio ad d. l. Marcellus 25. de fidejuss.

SVMMARIVM.

1 *Fabri emendatio.*
2 *Ei obstat primò quod supponit idem fideiussorem dare, & fideiubere.*
3 *Obstat secundò quod ratio tex non sufficiens.*
4 *Obstat tertiò authoritas lectionis receptæ.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Pro Clerico apud Secularem Judicem non recte intervenit fidejussor.*

1 Nunc de Fabriana expositione videndũ, & quid attulerit ille qui alienas rejecit, & ait in tex. de quo agimus in *l.*25.*D.de fidejuss.* quæsitum an fidejussori, quem pupillus sine tutoris authoritate dedit, subveniendum sit? responsumque à Juris Consulto subveniendũ non esse; quoniam hic fidejussor mandati actionem non habiturus sit, & ut in hoc sensu J.C. loquentem faciat, dispungit sub *nu.*9. vocem illam (*obligatum*) quam esse ex *Glossa* vult imperiti alicujus Interpretis.

2 Verum enimvero in hujusmodi expositione illud in primis censuræ subiacet, quod tamquam unum & idem in ea accipitur *fideiussorem dare, & fideiubere*, cum tamen hoc sine illo de facili evenire potuisset; potuit enim absque eo quod pupillus Titium Creditori in fideiussorem daret, cum mutuam pecuniam acciperet, Titium ex se fidejussisse pro

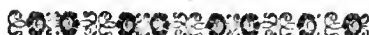
pro minore, & sanè tex. ait *si fideiusserit*, & nō *si fideiussorem dederit*.

3 Deinde & illud quoque obstat quod tutoris authoritas non interventa illud dumtaxat operabitur, ut obligatio in persona pupilli veluti à lege improbata non consistat, ut *Faber* ipse fatetur *num.* 11. ideòque, ut nec mādati teneatur; si quis illum ab hac obligatione solvendo eximeret. Cæterum an fideiussor obligetur, necnè; cum intervenit sine tutoris authoritate pendet ex alia Juris prudentia, & ex eo, utrum qui pro minore fideiubet oporteat eum authoritate tutoris fideiubere, & an teneat fideiussio; & in hoc, si affirmes opus esse ut & tutor eum pro pupillo suo aliquis fidejubet interveniat, ad hoc ut fideiussor obligetur; sequetur quod cum non intervenit, quia non obligatur succurrendū sit fideiussori; si vero neges opus esse tutoris interventu in fideiussione, & tunc sive competat, sive non competat mandati actio, semper non esse fideiussori subveniendum oportebit dicere, & ex his non bonam rationem assignatam (quoniam mandati actio non cōpetit) quod sanè ipsemet *Faber* fassus sub *dicto nu.* 11. scribit aliam non hanc, esse magis propriam, & germanam rationem; itaq; velle potiùs Marcellum sic scripsisse quomodo Jaboleous in dicta *l. cum lex* 46. *eod. tit. de fidejuss.* (*eo magis, quod his mandati actio non cōpetit*) ut appareat rationem hanc esse ex abundanti potius adiectam quam quòd sit propria & germana.

4 Tandèm illud etiam obstat Fabrianæ emēdationi, quod vocem illam (*obligato*,) quam veluti inepti Interpretis dispungit, constantissimè omnes Codices habeant Florentini, Norici, Manuscripti, & ut commentum de Glossemmate inepti Interpretis rideamus etiam Græcorum in *Basilicis lib.* 26. *tit.* 1. *c.* 25.

5 At quod iterum de intellectu, & expositione *l. Marcellus*. *Faber* agens, sua emendatione, & explicatione evincere conatur, nēpè fidejussori dato à pupillo sine tutoris authoritate subveniendum non esse; quoniam nulla est principalis obligatio; Id ipsum absque ulla coniectura, & emendatione admisisse visi sunt plerique ex veteribus apud *Iasonem in tit. de actionibus in §. in persona nu.* 42. *& in l. si servus* 9. *D. si quis cautionibus*, & apud *Randensem de analogis cap.* 34. *num.* 21. Item, & ex *Pragmaticis* plerique, ut videre est apud *Magon. dec. Florentina* 137.

6 Cæterùm ex hac eadem regula quæ recepta in minore, sequitur quod cum constet Clericum in Judicio Seculari conveniri nō posse, & si is volens ideo si fideiussorem dederit sistendi Judicio, aut aliquid faciendum non tenebitur fideiussor *Henriens Boe. in suis sing. tit. cautio, & fideiussio n.* 7. *Tepata lib.* 1. *de fidejussoribus contractuum*. Undè receptum, & rectè ut fidejussores omnes, qui apud Secolares Judices pro Clericorum negotijs interveniūt, tanquàm principales, & expromissores accipiantur, quod passim in foro servari nemo est, qui ignoret.



CAPUT VII.

Vindicatur à Fabriana calumnia tex. in l. 3. §. ult. D. de cond. causa data,

SUMMARIUM.

1 *Vlpianus duobus in locis tractat eandem speciem.*
2 *Faber in uno admittit quod Vlpianus Respondet in altero reicit.*
3 *Eius oppositio.*
4 *Quæ tamen impugnat utrumque.*
5 *Sed nihilominus refellitur.*
6 *Secunda eiusdem Fabri obiectio.*
7 *Satisfit obiectioni.*
8 *Oppositio tertia.*
9 *Respondetur.*
10 *Asseruntur Vlpiano tex. verba.*
11 *Faber nolens laudat Tribonianum.*
12 *Accursius dedit Fabro occasionem coniectandi*
13 *Quid Repetentes.*
14 *Quid Pragmatici.*
15 *Conditio dandi implenda, nec sufficit si alij detur etiam curatori, aut tutori.*
16 *Sufficit ei qui implere tenetur quod totum suū posse fecerit, & quod stetit per illum cui ut ille perveniendum fuerat.*

1 DUobus in locis eamdem speciem *Vlpianus* tractavit, nempè *lib.* 26. *ad edictum in l. si dedi* 3. *§. fin. D. de cond. causa data*, & *lib.* 27. *ad Sabinum in l. statu liberos* 5. *§. denique, & §. sed & si* 4. *D. de statu liberis*, & quidem eandem prorsùs; nàm de statu libero dare jussus, utrobique agit, vultque tum in uno, tum in altero loco, primò permissum esse statu libero, quod dare jussus fuerat de peculio dare, nec dominum eidem prohibere id posse. Secundò eum cui dari iusserat testator, iudicio familiæ erciscundæ si hæres, si vero extraneus fuerit, actione in factum proposita, id quod ei dari testator voluit consequi posse; quæ omnia ex una eademque juris ratione proficiscuntur.

2 *Fabro* tamèn aliter visum, & eum admittat quod in dicto *§. sed & si* 4. *l.* 3. *D. de statu liberis* de hærede scriptum est, reijeit, vultq; Tri-

Triboneanenm esse, quod in §.*fin. l.si dedi D.*
de cond. causa data de extraneo habetur:te-
merè tamen & iniustè,quod evidentissimè ex
sequentibus demonstratur.

3 Ait primò sub *num.2.*non profuturum hæ-
redi *Vlpiani* consilium de inhibendo servo,
ne solvat, si ei cui solvendum est competit
actio qua idipsum consequatur,id quod ante
ipsum *Accursius* observavit.

4 At hujusmodi oppositio cum adversùs
hunc §.*fin. dictæ l.si dedi.*etiam adversùs §.*sed*
& si l.statu liberos faceret, quoniam tam in
ista, quam in illa, is, cui dari voluit testator
actione proposita id consequi poterit, quan-
quã Dominos prohibuerit servum dare: Nec
nisi insulsè extraneo id obstare, non autem
hæredi dicemus:cum diversitas actionum, dũ
alia extraneus alia hæres usurus est,nullam
rationem diversitatis afferat, & utraque actio
ex eodem fonte, nempè ex testatoris volunta-
5 te, & conseosu proficiscatur. Sanè mo-
vere, utcunque dicta oppositio nos non de-
bet,tum quia potest utile consilium esse, si ex-
traneus sileat,& actionem in factum non pro-
ponat, & si similitèr hæres faciat, & judicio
familiæ ercifcundæ non agat,tum etiam quia
potest evenire, ut vice versa dominus servi,
qui prohibuit, ab his quibus dare fuerat jussus
servus aliquid naturalitèr consequi deberet,&
in hoc casu cõventus compensationem oppo-
net,ut *Alex.& Jas.*ad hanc *l.*observarunt, tũ
denique,quia novum in iure non est,ut idipsũ
quod quis rectè non potest consequi obliquè
consequatur, Præsertim per in factum actio-
nem,vel doli exceptionem,cuius rei exempla
palàm sunt, & in proclivi, proinde stare
poterit, ut is cui dare iussum fuit non possit
directo petere à servo,nàm dominus inhibuit
illi ne daret,possit autem proposita in factum
actione adversùs dominũ agere ut inhibitio-
nẽ tollat,sinatq;servum dare quod iussus fuit.

6 Ait secundò *Faber* sub *num.4. & 5.* ideò in
præsenti specie non dandam actionem in fa-
ctum,quia extraneus hic quod capit, non ex
voluntate testatoris capit.

7 Sed hoc nil aliud facit,nisi ut is,de quo agi-
mus petere ex testamento non possit, ut ex
è*Antiquo Glossatore Joanne* docuit *Accursius*,
à quo desumpsit *Faber*, qui tamen obser-
vare debuerat quod & si verum quod is, qui
mortis causa capit aperta,& expressa testato-
tis voluntate,non innititur,ideòque ex testa-
mento nonagit, falsum generalitèr huoc
voluntatem testatoris pro se non habere, cu-
ius enim mandato accipit? Cujus iussu,cuius
voluntate? hinc est, quod quamvis id, quod
accipitur occasione alicuius mortis non ex
bonis mortui dicatur accipi, utcumque ta-
men à defuncto accipitur: unde qui solidum
capere non poterit, quia ei certum modum
ad capiendum lex concessit, hunc modum
etiam in ut supra capiendo servabit, ut idem
Vlpianus docet in *l. quod conditio 36. D. de*
mortis causa donationibus.

8 Ait tertiò sub *n.7.*quod cum sit differentia
inter extraneum, & hæredem eo quod hæres
solutum sibi à statu libero non mortis causa,
sed iure hæreditario capit, propterea idem in
extraneo quod in hærede dicendum non erit.

9 Sed hæc observatio ad rem non facit quip-
pe quod hæres capiat hæreditario iure,
quod ei de peculio statu liber solvit,facit qui-
dem ut imputare sibi solutum in falcidiam
cogatur,quando si non de peculio solutum
foret non hæreditario iure cepisset,nec in fal-
cidiam imputasset *l. id autem 86. & concor-*
dantibus D.ad l.falcidiam, At nõ facit, ut ideo
quia capit iure hæreditario,possit Iudicio fa-
miliæ ercifcundæ ab eo qui prohibuit dare
consequi quod testator à statu libero dari vo-
luit, hoc enim alia ex ratione potest;quæ mi-
litat ratio etiã in extraneo qui non jure hære-
ditario accepturus est, & militat etiã in ipso-
met hærede quando quod ei solvitur non de
peculio solvitur, nam tunc non hæreditario
jure capit,& tamen licet nõ capiat hæredita-
rio iure adhuc adversus eũ qui prohibuit fa-
miliæ ercifcundæ iudicio experiri poterit.Sa-
nè si potestas conseqoendi quod testator dari
jussit nasceretur ex eo, quod id quod solvitur
jure hæreditario accipitur,non benè *Vlp. in*
dicto §.sed si jussum generalitèr pronunciasset.
Sed is, cui Jussus erat dare, & liber esse fami-
liæ ercifcundæ judicio ab eo, qui impedit conse-
quetur, quod sua intererat prohibitum statu li-
berum non esse, Atque ita non bene judicium
familiæ ercifcundæ, & recuperationem indi-
stinctè permisisset, sed se restrinxisset ad cer-
tum illum casum, in quo hæres hæreditario
iure caperet, quod ei de peculio solvitur,cum
alioquin dicendum non sit, quod semper
quod hæres quid causa mortis capit hæredi-
tario iure capiat contra textus suprà citatos
l.id autem 76.ad l.falcidiam,& in l.mortis 31.
§.fine donat.D. de mortis causa capionibus, &
similes.

10 Ex his igitur securè concludendum erit
adversùs *Fabrum* quod *Vlpiani* sint extrema
verba §.*fin.l.3. de cond.causa data.* Nam id &
Ratio ut supra convincit, & ipsa verba
præseferunt, & ex hoc deducendum nullam
inter hæredem, & extraneum, nisi in actionũ
genere differentiam esse: cum ambo ex testa-
toris voluntate, & si largè tamẽn sumpta,ca-
piant; ideoque sæpiùs in legibus, quæ sub
tit. de mortis causa donat. & *de mortis causa*
capionibus sunt, hæres cum extraneo coniũ-
gitur & si quod hæres aliquando hæredita-
rio capiat iure, id faciat, ut in falcidiam im-
putare teneatur.

11 Po-

11 Postremò illud observandum erit, quod *Faber* dum invehitur adversùs *Tribon.* quædam profert, quæ in laudem *Triboniani* vertuntur; ejusmodi illud est, quod legitur sub *num 6.* *Tribonianum* fefellisse, ut ne scriberet in *l. 3. §. fin. D. de cond. causa datâ*, quod scriptum erat in citata *l. statu liberos*; ità enim facit *Tribonianum*, non solum non obliviosum, sed memorem, & apprimè memorem, & providum, dum eius quod posuerat, aut ponere intendebat in *lib. 40. sub tit. 7. Digestorum* in compilando, aut revidendo *libri duodecimi tit. 4.* recordatus est, ac etiam facit J. Consultissimum, dum *Vlpiani* Responsa, & scripta tàm in numerato, & præ manibus habuit ut locum unum cum altero longè disiuncto coniungeret in promptu, & concordaret.

12 Sed videtur posse *Fabro* in suprapoſita coniectura à nobis ignosci; etenim quod ideò dispungenda ex *d. §. ult. l. 3.* verba illa à vers. *Sed is*, voluerit sub eo colore quod illis retentis inutile protsùs remanebit *Vlpiani* consilium hæredi datum, in causa fuit *Accursius*, qui primus in dubio posuit quomodo utile esse consilium J. Consulti poterat in *Glossa*

13 ad verbum *heredem*. Cæterùm *Repetentes* ipsi cum *Alexandro, & Jasone* satisfecisse *Accursio*, & successivè *Fabro* videntur: dum scripsère retenta *Vlpiani* sententia in dicto vers. *Sed his*, utile paulò antè datum consilium remanere; quoniam evenire posset, quod tertius hic non agat adversùs hæredem, parumq; sollicitus fuerit de consequendo à servo, quod Dominus dare vetuit. Nam & Regula est in Foro quoque receptissima, quod cumis, qui utilitatem ex adimplemento consequeretur, aut qui vocatur ius suum remittit, & consentit, de alio tractandum non erit, uti notat *Tesaurus decis. 270. nu. 17.* Sicut etiam utile Consilium quia evenire posset, ut eius, cui dare testator iusserat. Idem hæres, ut diximus suprà, creditor saltèm naturaliter reperiretur, atque ità ex hoc credito opponere compensationem valeat.

14 At si à *Repetentibus* ad *Forenses* Nostros deveniamus, & eorum scripta executiamus, inveniemus eos, nec de statuliberis disputare, nec de Recepta lectione dubium habere: sed ex hoc textu Regulam elicere, quod conditio habeatur pro impleta, quando impedimentum præstat ei qui implere debet, ille idè qui ex implemento lucrum obtiouisset, ut *Bartolus*, & *Baldus* primo monnerant, dein-

15 de *Magon. decis. Florentina 49.* Cum aliàs adeò velint opus esse, ut conditiones impleantur, ut si id non sequatur nil ponendum in esse, & cessare dispositiones pro explorato habeant ex *Ozascho decis. 166. & decis. 171. Cravetta cons. 10. num. 5. cons. 17. cons. 80.* quod latiùs declarat *Fusarius de subst. quest. 454.* & hinc cum tractatur de aliquid dando implendam conditionem clamant, & adeò, ut omninò detur; unde si quis filijs proprijs aliquid dari iusserit, non implevisse conditionem, qui Curatori eorum dederit. illi credunt ex *l. 53. D. de manum.* ad quod tamen videndi *Mantica de conject. ult. volum. lib. 11. tit. 1.* post *Bartolum ad l. 24. D. de statu liberis*, noscendæ quoque apud eumdem sub *tit. 16.* conjecturæ illæ, ex quibus dici possit impleta conditio, aut uti talis habenda.

16 Ultrò etiam Nostri progrediuntur, & ex eo quod in hoc §. dicitur sufficere statu libero pro implemento conditionis, quod dare voluerit, & si à Domino impeditus non dederit: inferunt, quod sufficit ei, qui conditionem implere debet, quod fecerit quidquid potuit, ad hoc ut testatoris voluntati pareretur: hinc in specie proposita de eo, qui volebat quidem appellari de familia testatoris: qui ità iusserat, & tamen alij de prædicta familia talem eum appellare nolebant, habendum, ac si satisfecisset docuit *Simon de Pretis de interpretatione ultimarum voluntatum lib. 3. dubitatione 2. sol. 3. num. 22.* Et in casu habitationis cum alio, qui aut morte præventus, aut quia noleos, aut quia impeditus non habitat; *Fusar. in citata quest. 454.*



CAPUT VIII.

Asseruntur Proculo postrema verba l. dominus 53. D. de cond. indeb.

SUMMARIUM.

1 *Verba tex. quæ Triboniani esse contendit Faber.*
2 *Qua ratione.*
3 *Nequaquam J.C. duplicem conditionem concedere.*
4 *Quid alij qui Fabro errandi occasionem dedere.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Pragmatici temperamentum hujus l. dominus recipiunt, & passim eo utuntur.*
7 *Creditores possunt sui debitoris debitores convenire.*
8 *Item Creditores hæreditarij, & legatarij adversus emptorem hæreditatis agere personali actione.*
9 *Vt circuitus evitetur sententia nulla subsistetur, & potest Arbitrer omne debitum hæreditatis uni portioni imponere.*
10 *Sententia lata exequitur etiam adversus novum possessorem in quem res translata affe-*

Eta vitio litigiosi, & si id ignoraveret.
11 *An donatarius teneatur act. personali Creditoribus quibus promisit solvere.*

1 PRoculi responsum *lib.6.epist.in l.Dominus*
53. D.de cond.indeb. satis ex se perspicuū
Fabri tamen manus effugere non valuit, in
postremis illis verbis (*sed tam benigniùs, quā*
utiliùs est recta via ipsum, qui nummos dedit,
2 *suum repetere*) nam hæc *Triboniani* eße,non
Juris Consulti contendit, causam autem
ita perversè existimandi *Fabro* dedit quod
credidit duplicem dari condictionem in ea
specie,quæ in tex. proponebatur de servo pro
quo alius rogatus nummos suos dederat Ti-
tio,cui dari testator voluerat, ut servus liber-
tatem consequeretur;unam scil.domino ser-
vi, cuius nomine nummi dati fuère,alteram
3 ei,qui pro servo nummos dederat ; cum tamē
nil de duplici condictione danda in textu le-
gamus, sed cum mero jure inspecto non alte-
ri illam competere, quàm domino justum es-
set,& ita responsum foret,adiectum fuit *beni-
gniùs*, & *utiliùs* re inspecta concedendum,
ut agat is qui nummos dedit;videbatur enim
iniquum ut qui dedit suam pecuniam am-
mitteret, cum in causam dederit, quę sequu-
ta non est, eo quia testamentum in quo liber-
tas data postea nullum pronunciatum est.

Non tamen ex eo, quod dicitur, recta via
hūc repetere suum posse inferendum erit,con-
dictionem habiturum adversus dominum,sed
obliquè actutū;nàm nequaquam in hoc sensu
Proculus loquutus est & verbum repetere
quo usus simpliciter accipiendum.

4 Quis vero nescit quod novum nō est J.C.ut
cum aliquid primo proposuerint, quod sum-
mi juris sit & rigorem sapiat,adijciant postea
temperamentum ex benignitate, & utilitate;
nam id factum, & in *l.si ita 37. D.de statu li-
beris in l.1.§.3.D.si pars hæred. petatur*,alijsq;
in locis, quorum plura *Dionysius Gothofred.*
adnotavit. Scio tamen credidisse quosdam ex
antiquis, & recentioribus Interpretibus in
proposita specie, dominum ab eo, cui fue-
rant nummi soluti condicere posse,& deindè
ab ipso posse qui solverat condicere, at illos
errasse, errandique occasionem *Fabro* dedisse
mihi videntur,quoniam neque *Proculus* con-
dictionem dedit solventi,neque alius J. Con-
sultus;quinimmò nèc *Accursius* ipse quo abu-
tuntur;nam ille apertis verbis pronunciat, &
*est in duobus æquitas, & quod repetat,licet ser-
vo donare voluerit*(ecce quomodo non habere
repetitionem inspecto stricto jure concedit,
sed inspecta æquitate, *& quod recta via*) ecce
quomodo non condictionem, sed repetitio-
nem eo modo quo potest concedit.

5 Sed *Repetentes* post *Bartolum, Baldum, Ja-
sonem*, & similes, vim omnem hujus Responsi
in *l.dominus 53.D.de cond.indebiti* agnoscūt
in illis verbis postremis: *sed tàm benigniùs,
quam utiliùs est,&c.* atq;illurum verborū quæ
Faber Tribon. esse vult, sententiam præcipuè
observant, & magnifaciunt ; nam dicunt si
cum dominium nummorum translatum non
est , ut in priori textus specie tunc æquum ju-
stumq; est dari domino actionem in rem,erit
idipsum etiam ęquum justumque cum trans-
latum fuerit , at quia hoc fieri eadem actio-
ne non poterat , oportuit omninò ad circui-
tum evitandum, aliquod temperamentum
inveniri, & hoc est quod in tex. proponitur
in exagitatis verbis.

6 Hoc autem temperamentum , quo ad-
mittantur nonnulla ad circuitum vitandum
placuit apprimè Nostris ideoque eo frequen-
tissimè in foro utūtur,ut passim in eorū scrip-
tis videre est, & quanquam aliquem circui-
tum admittant, si circuitus inutilis non sit,
ut disserit *Gramm.dec.103.à n.189.Surd.dec.
174.n.24.* generalitèr tamèn pro Regula ha-
bent vitandum esse, ut testatur *Magon. dec.
Florentina 9.n.5.Thomas de Thomasettis regu-
la 73. Monachus dec.Lucensi 25.n.87.* alijque
apud *Tiraquell.de retractu tit.2.§.2.Gl.1.n.24
& n.11.& Tuscum tomo primo lit.C.concl.229.
Annam cons.64.n.11.Surd.cons.228. nu.18.
Argell.de leg.contradit.q.5.n.5.* & passim.

7 Ex hac Regula illud potissimum dedu-
cunt quod Creditores possunt debitores
debitoris sui recta via convenire , ut conclu-
dit *de Franchis decis.273.* idque ad circuitum
evitandum firmant *Cavalc.dec.8.p.4.num.32.
Castillo dec.Sicil.41.n.9. Giurba dec.41. Gra-
tianus discept.forens.cap.532.n.2. tom.3.* alijq;
apud *Torum in compend.par.1.* verbo *cred.*&
8 quāquam aliqui dubitassent an actione per-
sonali Creditores hæreditarios , & legatarios
posse agere adversus emptorem hæreditatis,
qui se soluturum promisit,& de rigore negan-
dum erat attamen ad circuitum evitandum
concedendum ut personali agant conclusère
*Cancer. variar. resol.cap.2.par.3.n.68.Merlin.
de pign.lib.4.q.142. Giurba dec.62.num.38.&
Mesa variar.3. c.50.n.58.* quod multo fortius
habebit locum cum emptor hæreditatis pro-
miserit omnem litem in se suscipere, ut *Mer-
linus* advertit idvè jurato,ut ponderant *Ca-
pycius Latro dec.44.n.10.* & quamquam vi-
deant adversus hanc assertionem rescripsisse
apertis verbis *Imper.in l. 2.C.de hæred.vel act.
vendita*, & iterum in simili materia *in l. cum
res C. de donat.* & acrius disputare *Salgadum
in laberyntho cred. c.26. n.15.& Olea de cess.
jurium tit.3.q.9.n.20.* qui alios adducunt.At-
tamen, & *Imper.* & *DD.* loqui volunt vel
cum emptor hæreditatis solvendo non est; ut
innuit idem *Salgad. n.34. ex Salyceto,& Ale-
xandro* , vel dicunt procedere de juris rigo-
re non item de æquitate,secundum quam stā-

dum

dum esse his quæ dicuntur in hac *l. dominus D. de cond. indeb.* qua passim utuntur.

9 Deducunt etiam, quod ad evitandum circuitũ inutilem ferri potest sentẽtia, quę aliàs ferri non potuisset ut loquuntur cũ *Afff. dec.* 8 sicut & confirmari illa, quæ alias foret nulla, ut probant ex *Cavalc. dec.* 25. *p.* 1. & ex his poterit defendi quod *Paulus de Castro* dixerat *cons.* 207. nempè quod possit Arbitrer familię ercisc undę onus debiti hæreditarij in unam ex hæreditarijs portionibus transferre, faceteque, ut unus ex hæredibus ad integrum illud teneatur; quod tamen ego intelligo non respectu creditoris qui non ideo adigendus erit ut contra unum illum dumtaxat agat, sed respectu ipsius hæredis, cui pars onerata contigit ut recusare non possit, nec exeipere adversus Creditorem volentem agere, nam ita æquitas huius nostræ *l. dominus* suadet quæ agentem & volentẽ supponit: hinc rectè scripsisse *Grat.* mihi videtur *discep. cap.* 173. *nu.* 20 *& c.* 532. *n.* 7. & injuria à *Salgad. ubi sup. n.* 28. reprehensũ fuisse; nam tex. *in l. planc D. fam. er. & l. pacto C. eodem* de creditoribus invitis loquuntur, eisq; liberam facultatem reservant, sanè æquitas circuiti vitandi, si unquam admissa omninò in proposito recipienda erit; & tantò magis quod ideo Arbitrer familiæ ercifcundæ, ut circuitus evitetur id potest facere quia in ipsum spontè hæres consentit.

10 Rursùs ex hac eadem Regula sunt, qui contendant sententiam latam exequendam etiam contrà emptorem, licet ignorantem, quãdo res affecta vitio litigiosi *Cova. prac. c.* 15 *n.* 7. *Marescottus variar. c.* 86. *Gaillus, & Farin.* cum quibus *Gaitus de credito cap.* 2. *tit* 3. *num.* 632. scilicet ad evitandum circuitum, ut idem *Gaitus de credito n.* 640. ratiocinatur, cum tamen aliter in *Praxi* servari affirmet; quod an verum ambigo, sed videant alij.

11 Denique ex hac eadem ratione vitandi circuitum plerique defendũt agi posse adversus donatarium qui debitum super re donata solvere promisit, & adversus similes promittentes, idve personali actione; adducta *l. si actor C. de procurat. &* assertione *Bertazoli de clausulis cl.* 29. *Gl.* 1. *n.* 7. *& Guzman. de evict. q.* 35. *n.* 112. illa quod actiones passivę cedi possint. Sed his opponuntur *Olea ubi sup. Corecius dec.* 125. *Amatus lib.* 2. *resol.* 58. *Gratianus discep. c.* 204. *num.* 321.





CAPUT IX.

Asseruntur Vlpiano verba in vers. sed benigniùs. &c. in §. 1. l. si ego 9. D. de jure dot.

SUMMARIUM.

1 *Faber à vers. sed benigniùs, vult esse Triboniani.*
2 *Reicitur primum argumentum desumptum à stylo.*
3 *Reicitur secundum argumentum.*
4 *Asseruntur vexata verba contextui.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Qua ratione motus Juris Consul. Bartol. aperit.*
7 *Sed non placet Soccino alijsque.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *Promissio de dotando habetur pro dotatione.*

1 Pergit adversùs *Tribonianum*, *Faber*, vultque ab eo verba omnia quæ extant in §. 1 *l. si ego* 9. *D. de jure dotium à vers. sed benigniùs* addita *Vlpiano* quod an verum sit necnè quia parum nunc scire refert, investigandum erit, an si addita, malè tamen addita fuerint.

2 Et quidem ipse hoc suadere primò tentat ex stylo non satis eleganti: sed cum nil in his verbis inversum, nil ineptum, aut obscurum sit, vel implicitum; sed omnia aperta, & præcipua: nemo justè de stylo quereretur; potuit namque *Vlpianus*, ita loqui, potuit etiam à *Triboniano* pressiùs, quod ab *Vlpiano* dictum fuerat, concipi.

3 Secundò objicit, quod dotis, quæ nunquã fuit, non debet favor in præjudicium hæredis attendi.

At non videt hoc obstare non posse, quia adversùs hæredem facit non solùm favor dotis, sed mera juris Regula, qua jubetur debere hæredes factum defuncti approbare, ex hac enim natam conclusionem adversus hæredem satis exprimitur ex emphasi illorum verborũ *consentire ei, quod defunctus fecit*, nã quis non videt quam justum sit, & Juris Principijs conveniens, ut hæres non recuset, quod defunctus voluit, & tàm enixè voluit, ut properata etiam traditione confirmaverit; replicat *Faber*, oportuisse hæredem denuò dotem constituere, non constituere consensisse. Respondeo nequaquam oportuisse; cum sufficeret constitutam semel dotem fuisse, & ab eo, qui potuit, & qui ut vellet de rebus suis disponere valebat. Quod autẽ affert *Faber*

ber n.3. ex l.si debitor 4.§.si in venditione l. si consensit 7. D. quibus modis pign.vel hypoth. nempè, quod consensus domini alienationi factæ superveniens prosic adeo, ut videatur remisisse jus, quod ad rem, vel in re habebat; quamquàm non undequaque speciei de qua agimus conveniat; nàm hic vetus dominus, & de re sua, ut diximus, disposuit, attamen, & id etiam convincit, quod hic dicitur, rectè scriptum nam benignitate, & equitate, non summo jure admissum, quę tamèn æquitas non tàm relucet in prima parte, qua cogendus dicitur hæres, quàm in secunda, qua concluditur, quod si hæres distulerit, vel absens fuerit, etiam nolente, vel absente eo, dominium ipso iure ad maritū transferretur; & quidem novum non est dotis favore huiusmodi utilitates admitti cum in *l.2.§.si pecunia D.de donat.* extrà causam dotis *Julianus* aliquid simile admiserit, & ex eo discere *Faber* debuit quæ nam fuerit J.Consultorum sententia in huiusmodi speciebus.

4 His addi poterit quod, vel ex solo cōtextu, quod *Triboniano Faber* appingit *Vlpiani* esse convincitur, & Primò ex eo quod *Vlpianus vereor ne* dixerit, & dubitativè, atq; aliquod aliud se dicturum promittens; deindè quod alioquin, demptis his verbis: *Sed benignius, &c.* manca, & mutila sententia remaneret; & quid voluerit in quæstione proposita nō satis explicatum. Possem & plura alia ad rem addere, sed prætipuit, meliusque rem gessit doctissimus *D. Franç. de Amaya obseru.lib.2. cap.4.* vbi & hoc Responsum explicat & defendit adversum *Fabrum* eruditissimè.

5 Insuper quia sumpta occasione ex his, quę benigniùs recepta dixerat *Proculus in l. Dominus 57. de cond.indeb. Faber* similia loca vexat, & præcipuè hunc §.1. *l. si ego D. de jure dotium*, & nos quoque quid de hoc *Repetentes* habeāt investigemus; Affirmāt ipsi unanimiter, tractari in specie huius §. de eo, qui res tradiderat Titio, ut sequutis nuptijs, cum *Berta* in dote essent; Sed cum is, qui dederat, mortuus fuisset, antequàm nuptiæ sequerentur, dubitatum fuit, an translatum dominiū foret? & Respondisse dicūt Juris Consultum dominium quidèm non esse translatum, sed remansisse penès defunctum, & successivè illius hæredes, verùm favore nuptiarum cogi hos hæredes consentire, ità *Bartolus in l. si pecuniam D. de cond.causa data*, & alij, cum quibus *Barbosa in rubr. D. soluto matr.p.5.n.37* Unde concordes esse Veteres cum Neotericis in hac expositione intelligimus; nam sic quoque Neoterici hunc §. exposuère cū *Donello, & Osualdo lib.26.commen.cap.23. Ben. Pinello 2. selecl. cap.6. Picardo in §.actionum q.27.inst. de actionibus*, & similibus.

6 Verùm enimverò tàm penès Antiquos, quā penès Recentiores difficultas est in assignanda ratione huius Responsi, quippè cum *Bartolus* eam assignasset, quod in specie proposita de contractu tractabatur innominato *do tibi res, ut facias*, ut nuptias contrahas; videbatur locum fuisse pœnitentiæ, ideoque potuisse hæredes dantis non consentire, & hanc fuisse rationem dubitandi; aliter tamen favore dotis responsum fuisse, & ex hoc dotis favore sumptam rationem decidendi.

7 hæc tamen *Bartoli* ratiocinatio displicuit *Soccin.in l.qui Romæ §.Flavius D.dè verborum oblig. n.15. Ang.Morle in Emporio juris tit. 2. in præmissis n.103. Didaco Covar.lib.1. variat. cap.14.n.16.* & sequacibus, qui nec de contractu innominato tractatum fuisse contendunt, nec si contractus innominatus gestus locum pœnitentiæ fuisse jam adimplemento nuptiarum sequuto ex parte mariti; ut apud *Barbosam* desserunt loco citato, & *D. Franc. Amayam d. lib. 2.c.14.à n.18.* & Proinde in assignāda alia, & magis idonea ratione unus-

8 quisque pro suo captu laborat, ut apud citatos authores videre est, itemque apud Forenses qui tamen ferè eadem dicunt quę *Baldus Novellus de dote 6.p.privil. 52.& seq.*

9 Addunt tamen ad rem nō solū traditionē rerum, sed & promissionem de dotando pro dotatione sæpissimè accipiendam atq; esse ita in Foro admittendum volunt, ex eodem *Baldo Novello privil.1. Socc.cons.48.vol.3. Utvia commun.opin.in ver.pactum, & conventio, promissio*, & alijs apud sæpè adductum *Oleam de cessione Jurium tit.1.quæst.6. num.32.* à quo quam plura adnotanda ad hanc materiam peti poterunt.



CAPVT X.

Retinetur recepta lectio in l. ult. D. de jure dotium.

SVMMARIVM.

1 *Species Scevolæ proposita.*
2 *Fabri sententia, & emendationes.*
3 *Rejicitur prima emendatio.*
4 *Rejicitur secunda.*
5 *Quid Repetentes antiqui.*
6 *Quid Pragmatici.*
7 *De separatione matrimonij quo ad Torum, & de restituenda dote, & antephato, si ob sævitiam separetur.*
8 *Quid si ob delictum.*
9 *Quid si ob infirmitatem.*
10 *Quid dicendum in materia Neapolitanarum Consuetudinum.*

CVM

1 CUM *Scevola* hæc quæstio fuisset proposita in *l. ult. D. de Jure dotium* fundum *filia nomine pater in dotem dederat, cujus heredi filia ex asse, Crediteribus urgentibus patris utilius potiùs fundum, qui dotalis est distrahere, quod minùs fructuosus sit, & alios hæreditarios redditus retinere, maritus consensit: si nulla in ea re captio sit futura; quæro an ea pars dotis, qua in hoc fundo est mulieri manente matrimonio rectè solvatur?* Huic quæstioni Respondit ille, *Si pretium Creditori solvatur, rectè solutum.* Atque ita facit non posse constante matrimonio mulieri solvi, quoniam Creditoribus solvendum est. Et Ratio, quæ J. Consultum movere potuit nascebatur ex eò quod inferre noluit marito præiudicium, qui ea lege venditioni consensit, si nulla ea in te captio sit futura, idest si fundus veniret pro satisfaciendo Creditoribus, & revera his satisfieret ex pretio, hoc enim si non sequeretur captio maxima futura erat, & io mariti præiudiciū, cuius interest dotem habere pro substinendis matrimonij oneribus, demū Res cessura, nam vendito ex ejus consensu fundo dotali, nec soluto pretio creditoribus, alterius fundi hæreditarij (illis postea urgentibus pro venditione) jacturam pati cogetur, atque ità tum uno, tum altero fundo carebit.

2 Sed hæc quamvis clara, & perspicua *Faber* non vidit, ideòque aliò intendens emendandum contendit *Scevolam*, legendumque in illis verbis, *an pars dotis* potiùs ità *an pretium dotis*, & rursùs in postremis, *si pretium Creditori solvatur* potiùs *si pretium venditori solutum*.

3 Utraque tamen emendatio reiicienda, tum ex Recepta lectione omnium librorum pro qua præsumptio est, maximè adversus temerariam coniecturam: tum etiam quia ad emendandum, & mutandum adducerennur nulla urgente necessitate, & quidem cum de pretio fundi controversia foret, elegantissimè pars dotis pretium illud appellatum est, & hoc erat, quod quæstionem faciebat, nam ex quo pretium illud, esse dotis partem constabat justissimè concludi posse videbatur, quod aut marito, aut eidem mulieri solvendum fuerat, & non Creditoribus, quibus non fundus ille, sed alius hypothecatus erat à defuncto; hinc in hoc sensu quamvis non tractetur de solvēda dote, aut dotis parte ut *Faber* cavillando opponit sub *n. 7.* prorsùs insulsè: nàm quis non videret, non agi de restituenda dote, quam integram retinere maritus voluit; potest tamen dici quod agitur de solvenda dotis parte, nempè de solvendo pretio fundi dotalis, eoq; pretio quod dotis pars appellari non malè potuit. Cæterùm quod pretium istod pars dotis dicatur, & non simpliciter dos, illud facit quod alia quoq; nō hunc dumtaxat fundum in dotem à Patre data filię nomine proponebantur, quod & *Accursius* ad hanc *l. & Graci Scholiastes animadvertere.*

4 Secunda emendatio adhùc mala est: nam si legas *pretium venditori*. Primò facies *Scevolam* adversùs ea, quæ suprà pro ratione decidendi dixerat tandem concludere. Secundò reddes verbosum *Scevolam*: nàm cum posset, & brevius & suo more, si quod *Faber*, & ipse voluisset, Respondere dicendo simpliciter *rectè solvi*, attamèn obliquè, & contortè respondet, & ambiguè, *si venditori solvatur rectè solutum*, adde quod ignotū ad quod illud *si venditori* per modum conditionis, cum dixisse posuit *nihil proponi, cur non possit*, aut *cur non debeat*: Neque simile est, quod in §. *Augerius l. qui Roma D. de verborum oblig.* idē *Scevola* scripsit: nam ibi non eo sensu quo credit *Faber n. 8.* scriptum ut *Eruditiss. J.C. Carolus Susanna Elegantiss. Opusc.* ostēdit. Tertiò cum fundus pro solvendo Creditoribus sit distractus, idve sciverit emptor, non poterat Regula illa generalis, quæ dictat venditori esse pretium solvendum rei emptæ, tutè hic recipi. Quartò tandem, quia coniectura de lectione mendosa ex librariorum incuria vanissima est, ut demonstrant præ cæteris *Grecorum* libri, ubi disertè Creditoribus, non venditori, aut mulieri scriptum est *Basilicorum lib. 29. tit. 1. cap. 80.* ibi, *Et pretium Creditoribus patris eius solvatur*, unde Scholion ibidem *si modò huius pretium Creditoribus solvatur sic*. Explicans quod *Scevola* dixerat *si Creditori solvatur, rectè solutum*, & in eo sensu, ac si dictum esset, *ad hoc mulieri solvendum, ut statim ex ejus manu pretium Creditoribus solvatur*, unde conditionalem solutionem exposcere Scoliastes videtur, factamque ea lege, ut Creditoribus brevi manu pretium, quod solvitur inferatur, atq; ita oppositum concludere, quod *Faber* qui nec id curat, nec exposcit, sed simplicitèr vult non obstante conditione adiecta à marito posse mulieri solvi tanquam venditori.

5 Sed *Accursio*, & *Bartolo*, quos cæteri sequuntur nulla de recepta lectione dubitatio incessit, ideòque passim scripsère in proposita *l. ultima D. de Jure dotium* locum esse singularem, in quo dicatur quod dos mulieri constante matrimonio solvi non possit, nec debeat, & ideo de conciliatione agunt hujus textus cum *l. si pradium C. eodem*, in qua oppositum videtur Resoribi, & plura afferunt, sicut & sequaces Repetentes qui ut solent omnia confundunt cum tamèn revera hic *Scevola* ut diximus, de venditione rei dotalis, ejusve pretio recipiendo agat, quod pretium tali quali modo partem dotis appellat, & non propriè, & rigorosè de dote ab eo, qui promiserat solven-

venda, aut ab eo, qui receperat restituenda, ut jam dictum est.

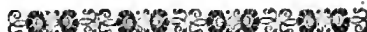
6 Deinde & Regulam illam communitèr statuunt, quam & *Pragmatici* recipiunt, quòd ità demùm res dotalis alienari possit, & pretium rectè ab emptore solvi, si in causam justam, probabilem, & necessariam addicatur, ut post *Baldum*, *& Cinum* latiùs explicant *Baldus Novellus de dote par.7. privil.1. speciali 1. Fridericus a Sole in tractatu de dote quæst. 36. num.6. item quæstione sequenti, & quæst. 34. Tomingius decis. 31. par.4. Ferronus ad consuet. Burdigalenses lib.5. tit.4. §.20. & sequ. & Celsus Hugo cons.7.*

7 Rursùs & id, quod dicitur de non solvenda mulieri dote, vivente viro, limitant communitèr *Pragmatici*, nisi separatio matrimonij ob viri sævitiam quoad *Torum*, ex Judicis Ecclesiastici sententia sequuta fuerit; nam in hoc casu, mulieri non viro solvendam dotem volunt, quinimmò & donationem quoque propter nuptias, sivè antephatum, ut scripsit *Seraphinus decis.138. Mantica decis.340. Cancerius variarum cap. 11. de Sponsalibus, Merlinus cōtr.2. cap.93. n.13. Cavalcanus decis.18. num.28. par.2.* alijque cum *Franco decis.244.*
8 adducti à *Luca*, & Addentibus. Quanquam sint pletique qui hoc ipsum non admittant facta separatione ob adulterium, ut notat *Gizzius ad Capic. Latr. decis.49. num.12.* an autem fructus restituendi à viro lite pendente percepti, non facilis quæstio est, & videndi *Merlin.* ubi sup. *de Marin. lib.2. c.13c.*

9 Ad hæc illud notandum quod si non ob delictum, sed ob infirmitatem, ut puta lepræ separatio *Tori* contingeret, dotis restitutioni locus erit, ut noster *Faber* advertit in *Codice sub tit. de repudijs defin.2.* posûtque ad hoc dirigi quæ Responsa sunt à J.Cons. in *l. si cum dotem §. sin autem in sævissimo D. solut. matrim.* nam & si de furore dicta, possunt ad gravissimam aliam infirmitatem extendi.

10 Sed si quis ultra superius dicta, etiã ea quę in Neapolitanæ Civitatis Consuetudinibus disponuntur, & ab Addentibus afferuntur, scire velit, præcipuè cum de venditione rei dotalis æstimatæ, & pretio recipiendo agitur, & quid faciendum, adeat *Reg. de Marinis quotid. lib.1. cap.91. à num.33.*





CAPVT XI.

Ad tex. in l. assiduis 12. C. qui potiores.

SVMMARIVM.

1 *Vetus quæstio an privilegium datum mulieribus in citata l. assiduis, obtineat locum adversùs Creditores expressam habentes hypothecam anteriorem.*
2 *Plures affirmant.*
3 *Alij negant.*
4 *Faber affirmantes sequitur. Sed argumenta allata non stringunt.*
5 *Reijcitur alterum argumentum.*
6 *Explicatur §. his consequens, & ad obiectionem ex illo tex. desumptam Respondetur.*
7 *Media quadam sententia.*
8 *Pragmatici communitèr negant mulierem præferendam habentibus hypothecam expressam.*
9 *Quæstio insolubilis Francisci de Petris solvitur.*
10 *Idem quod in reficiente, dicimus in mutuante ad emptionem.*
11 *An qui præfertur pro sorte sit præferendus pro usuris; difficilis visa quæstio.*
12 *Sed facili adhibita solutione dissolvitur.*
13 *Quid dicendum de pœna.*
14 *Quid de prælatione ex tempore.*
15 *Notatur Dion. Gothofredi Nota.*
16 *Prælatio concessa doti extenditur ad usuras, & alimenta debita ratione moræ.*
17 *Quid de assensu.*
18 *Notantur Pragmaticorum quorumdam errores.*

1 VVlgatissima, & antiquissima quæstio; & jàm olim intèr *Martinum*, *Bulgarum*, *& Accursium* agitata illa est, an privilegium prælationis, quod mulictibus Justinianus concesserat in famigerata *l. assiduis 12. C. qui potiores*, locum habeat tùm adversùs Creditores, qui tacitam, tum etiam adversùs eos, qui expressam, idest conventionalem hypothecam habeant, & jàm olim in ea *Martinus*, quem *Vltramontani* sequebantur, teste *Saliceto*, quanquàm *Accursius* reluctasset omnibus præferendam, etiam his, qui anteriorem expressam habebant hypothecam; Respondit, motus ipsismez juris locis, & argumentis, quibus nunc *Faber*, qui præsenti coniectura,
2 nonnisi actum agit. Dum & *Cujacius* disertissimè *Martini* sententiam confirmarat, pluribus

*tibus in locis,præcipuè Novell.*a 97.& in *comment.ad Codicem*, itemque *Petrus Vanderanus de privilegijs Creditor.cap.4. Gabr. Mudeus de pign. tit. quibus modis pignus, vel hypotheca num.*97.quinimmò & *Mijsingerius* quoque rerum judicatarum authoritate munierat 1. *obser.*61.& 4.*obser.cap* 13. ficut & in elementis docuerat *instit.de act.§.fuerat nu.*12. Eique adsentiuntur *Borcholten* ibidem, & alij, quorum plures refert,& sequitur *Treusl.vol.2. disput.24.Thesi 7.*& *Bachovius* in notatis.

3 Non tamen contraria sententia, quæ *Accursium* Authorem habet, & *Bulgarum* destituta sequacibus est, aut argumentis; nàm & recepta est à plerisque, & amplexa *à Neotericis* quoque præsertim ab *Hugone Donello in tract.de pign.cap.*10.*in fine, & comment. cap.7. & ad citatam l. assiduus Franc. Hotomano in §. fuerat instit. de actionibus*, ibique *à Balduino*, & ferè omnibus *instit.Commentatoribus,à Vvesembecio in Paratitlis sub tit.qui potiores nu.* 3. *a Covarr.*1.*var.cap.*7.habet etiam hæc sententia,quod in judicijs passim obtinet ut vel *Faber* ipse in *suo Codice* testatur, quo in loco, nempè *lib.*8. *tit.*8. *definit.* 16. scribit de *Iustinianea* loquens *Constit. quod tamèn privilegium, quia apertissimè iniquum est, sic nostri æquissima interpretatione temperarunt, ut ijs tantùm noceat,qui tacitam hypothecam habent, nec item illis, qui expressam*, hinc aperta cum iniuria hic appellat errorem Interpretum, quā ibi confessus fuerat æquissimā interpretationem, aut ibi pessimè dixit æquissimam interpretatiooem quaoı hic errorem appellat.

4 Sed utcumq;se res habeat,nām de hoc alibi illud cōstat, quod pro *Martini* sentētia à *Fabro* allata argumenta non admodū stringunt. Et primū,quod *Iustin.* indistinctè loquatur,& sicut antiquitus omnib. Chirographarijs, ita & ipse omnibus hypothecarijs præferendam dotem cooftituerit; levissimum est; nàm quod antiquitùs indistinctè omnibus Chirographarijs præferretur, in causa fuit; quia inter Chirographarios distinctio non esat; hinc cū inter hypothecarios distinctio sit incivilitèr contenditur, non esse inter ipsos distinguendum,quia inter Chirographarios non distinguebatur: Rursùs, & falsum quoque dici poterit quod *Justinianus* indistinctè Creditoribus hypothecarijs mulierem præferat, nam quò illius sequentia verba,*licèt anterioris sint temporis privilegio vallati*, an non hæc statim innuunt Imperatorem de habentibus tacitam hypothecam loqui, cum hi sint, qui privilegio vallati dicaotur; habeotes namque expreßam hypothecam non privilegio, sed conventione, atque ità communi Jure vallati sunt. Nec replicare poteris,illud privilegium ad tempus referendum, quippè anterioritas temporis prærogativa quidèm est, non privilegium, & hominis industria, non Principis, aut legis beneficio acquisita; undè saltem adjecta coniunctiva particula (temporis forsan)iniuria obliterata legendum erit apud *Iustin.* licet anterioris sint temporis, ac privilegio vallati, ut ita intelligamus mulierem præferendam Creditoribus habentibus hypothecam tacitam anteriorem, & præferendam illis, licet sint tempore priores, & privilegio hypothecæ vallati.

5 Secundum argumentum, quod non minùs offenditur Juris Ratio, & æquitas, si tacitam anteriorem, quàm si expressam habentibus præferatur mulier, exibilandum est, vel ex vulgato illo Nostrorum *Brocardico* lex suum non tuum tibi denegat auxilium; & sanè sicuti non iniquum est privilegium quod lege aliqua tributum fuit dispositione contraria certis de causis abrogare, ità iniquissimum foret, & maxima cum iniuria à Creditore invito, quod sibi vigilando,& cavendo acquisierat, auferre.

6 Tertium argumentum deductum ex §.*his consequens de æqualitate dotis* sive à *Novella* 97. in quo statutum: mulierem præferri etiam ei, qui ad rei emptionem mutuaverat, facillimè resolvetur. Pimò ex communi Responsione, quod *Novella* de muliere tempore anteriore loquatur, id quod quamvis à *Fabro* negetur verum esse convincitur, ex apertis *Justin.* verbis *si mulier prætendat privilegium super antiqua dote*, & rursùs: *veniat, & alter Creditor posterior*, nam his anteriorem tempore mulierē esse, creditorem verò posteriorem exprimitur; Nec effugium illud *Fabri*, quod Iustinianus de posterioribus Creditoribus loquutus fuerit,ut hos qui adversùs cæteras personas baberent privilegium prælationis, ab hoc privilegio,concurrentes cum muliere excluderet: tutum effugium est; nam ex hac ratione prærogativa data mulieri frustratoria redderetur; quoniam etiam ablato à reficiente privilegio,quia hypotbecam habet conventionalem præferetur mulieri tacitam habenti. Unde omninò necesse est asserere, quod *Justinianus* ideò de creditoribus posterioribus egerit, quia voluit his mulierem anteriorem esse præfereodam.

Dices ex hac Interpretatione etiam,& illud sequi,ut frustratorium vanumque sit Iustiniani beneficium; nam mulier, & si anterior, quia tacita hypotheca anterior cedet Reficienti: Respondeo non solū frustratorium, sed nullum datum in hoc casu quando mulier dumtaxàt tacitam bypothecam haber, à Iostiniano adversus reficienrem privilegium, sed tunc datum idve maximum cum & ipsa mulier conventionalem habet hypothecam. Nam tunc ablato a reficiente privilegio, constitutum est, ut cum muliere concurrat tanquam privatus cum privato, & ut temporis prærogativa inter eos servetur, qua fiat ut

mulier

muliet quę antiquior præferatut Creditori in ea re, quę creditoris pecunia cōparara est, eaq; lege comparata, ut ei sit obligara, quod sanė magnum privilegiū est, nec ulli alij Creditori concessum, sed solum Mulieri cujus favore fit ut Reficiens, aut Mutuans ad emptionem, prælatione sua ex re ipsa, & conventione sibi parata temaneat privatus.

Secundò hoc idem argumentum resolvetur ex eo quod dato, & conceßo; mulierem præferendam mutuanti, non solum si antiquior ipso, sed & si posterior tempore fuetit, adhùe non rectè inferretur mulierem præferendam omnibus habentibus expressam hyp. Cum enim præfetatur ex privilegio *Justin.* in dicta *Novella* concesso, & iniquissimo privilegio, ut vel *Faber* fatetur, non ėrit illud rā facilè ad consequentias producēdum ex vulgatis Regulis, & ideo cum de mutuante loquatur & si eadem, vel major militaret tatio cum injutia, ad cæteros Creditores potrigeretur.

Pro coronide illud quoque monendum quod vulgatā receptāq; sententiā de nō pręferenda muliere expressam habentibus hypothecam præ omnibus disertissimė *Hugo Donellus in citatis Comment. ad Codicem* defendit, Cū tamen quod diximus *de §. his conseq.* quod agatur in illo de muliere tempore antiquiore, concedant, vel qui adversam sententiam cum Martino sectantut, & ad oculum demonstret *Cujacius* Notatorum 3.*c.14.* sub *Ant. mercatoris* nomine, omnium tamen ingeniosissimè utriusq; sententiæ argumenta refert, & reijeit, & tandėm in *Cujacij*; & communi iuterpretatione stat *Bachovius ubi suprà in notatis ad Trentlerum disp. 24. Thesi 7. vol. 2. lit. B. ver. item qui credidit.*

7 Est etiam, & media sententia, quæ *Baldum in d. l. assiduis, & Joannem Fabrum in §. fuerat instit. de act.* Authores laudat. Et quæ distinctionem à Jutis Consultis in Hypotheeis Fiscalibus propositam in *l. is qui D. de jure Fisci*, etiam ad mulierū hypotheeas transfert, vultque illas in post quæsitis, omnibus etiam anterioribus hypothecam habentibus pręferendas non item in ante quæsitis, & in hanc inclinat *Ant. Guber. Costanus de sponsalibus, & matrimonio cap. fin.* ubi dotium singularia quædam refert *n. 27.*

8 Sed hæc ad *Fabrum*; At cum vix in toto Jutis Ciuilis corpore inveniatut Justinianea Cōstitutio altera, quæ sit adcò agitata in Foro, & in Scholis, ut est hæc *l. assiduis* tātisper ultrò circà hanc immorandū est; & sanè quamquā intėr *Repetentes* antiquitùs, novitet intet Neotericos disputatum acerrimė fuerit, an dictū privilegiū potioritatis mulieri concessum locum habeat etiam adversùs hypothecam expressam, sivè conventionalem anteriorem: in Foro tamėn jàm receptum est non habere; sed tantùm adversùs tacitam, ut *Faber* fatetur in *Codice lib. 8. tit. 8. defin. 16.* Et constat ex collectis à *Riccio collect. 146. a Galluppo in praxi in consp. 5. cap. 3. nu. 43. Gizzarello decis. 1.* & Addentibus præcipuè *Iosepho Mele ibidem*, qui omnes ad usum Fori rem deducunt, & plura ad materiam adnotant, sed quia ea vulgata, apud vulgatos aurhores legenda. Fatcor ramėn, & intėr *Pragmaticos* quoque nonnullos adfuisse, qui mulierem ex *Justinianea Constitutione* omnibus Creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus prælatam credidetint, ut *Gizzarell. dec. citata*, & ibi Addentes testantur, item & *Rodriquez de concursu cred. art. 1. nu. 6.* quod multò magis si mulier, & ipsa hypothecam expressam habuisset & si posterior, admisėte adversùs anteriores expressam quoque habētes, idem *Rodriquez, ex Baldo Novello de dote p. 10. privil. 16.* & alijs.

9 At illud certė non vulgare est, quod *Franciscus de Petris festivarum lectionum lib. 2. cap. 1.* adnotavit de concursu mulieris cum mutuante, ad refectionem, & creditore habente expressam hyporhecam, deque in hac re jurgio insulubile: etenim ait ipse, mulier à muruante ad refectionem, à muliere Creditor anterior expressam habens hypotheeam, rem auferet? & rursùs ab hoc ausetet mutuatarius; à mutuatario verò mulier à muliete Creditor, & sic deineeps; hæc ille. ex quo constat in quas angustias se *Pragmatici* quādoque intricant. Verum quia, & nos supra eorum sententiam probabilem diximus adversus *Fabrū* dicemus nūc advetsus de *Petris* pro ipsis circulum fieri non oportete; nam ei qui rem habens postea amisit, Judicis senrentia obstatura est, reiq; judicatæ exceptio, ideoque & si rem eandem postea quam à se evicta, penės alium inveniet, non poterit ampliùs ad eam regressum habere; quoniam ab ipso Judicis sententia justė ablata fuit.

10 Sed occasione hujus *Fabriana coniecture*, in qua agitur de mutuāte ad emptionem, & mutuante ad refectionem duo sunt, quæ adnotare libet. Primum quod quamvis apud Nostros dubitatum fuerit, an ea, quæ de reficiente dicta sunt, habeant qooque locum in eo, qui ad emendum mutuavit: attamėn iàm prævaluit sententia, quæ in utroque par ius esse constituendum suaserat, ideoque idem de uno quod de alio dicendum erit, & tam circà hyporhecæ acquisitionem, quàm circà prælationem, ut ex pluribus *Cevallos commun. contr. com. c. 44. num. 4.* & ex eo, & alijs Doctiss. *Reg. Galeota contr. 21. n. 13.*

11 Secundum adnotandum est quod non tàm facilė inveniri poterit apud Nostros quid dicendum sit in ea quæstione, an is, qui refecit,

fecit, vel mutuavit ad emptionem, adeóque prælationem consequutus fuerit pro sorte, eādem quoq; obtineat pro usuris, siquidem & si communitèr fateantur omnes priorem in tēpore pro sorte, & talem quoque censendum pro usuris ad tex. *in l. Lucius D. qui pot. in pignor.* ut videre est apud *Gaitum c.4. quæst.10. num.1176. Reg. de Marinis quotid.1. cap.16. à num.5. & Pascalem de viribus patriæ potest. p.2. cap.7. n.40.* attamèn sunt qui hoc verum esse circà prærogativam temporis, & conventionis, non circà prælationis privilegiū dicant: sunt verò è cōtrario, qui generalitèr locum habere velint etiam quoad prelationem: & unaqueq; harum opinionū intèr *Pragmaticos* proprios habet sequaces; qui enim affirmant prælationem ex privilegio pro sorte cōpetere quoq; pro usuris, habent Antesignanum, *Reg. de Ponte dec.39. à num.30.* ubi ex pluribus id nititur fundare: qui verò negant, habent *Reg. Galeotam loco suprà adducto,* qui subtilitèr suam firmat sententiam, & ad cōtraria Respondet, & quotiès sortis, & usurarum non eadem ratio est, non esse idē in utroque dicendum firmat, post *Francum decis.513 num.13.* aliosque.

12 Sed quamvis hujusmodi controversia adeò difficilis quibusdam visa sit, ut eam determinare inter præpotentes factiones non auderent, & inter hos sit *Joannes Baptista Staibanus in suo tractatu de interesse lib.2. tit.11. de interesse mutui quæst. unica num.162.* attamèn mihi videtur distinctione adhibita posse facilè dirimi: siquidem si tractetur de interesse convento in venditione annuorum introituū ad formam Bullæ; ut passim apud nos fit per cōventionē specialem de solutione ipsius unde ex vi peculiaris conventionis debetur, ac de per se adeò stat, ut aliam quodammodò sortem conficiat, ex qua & aliud interesse (cū ad centum aureos ascendet *Theodorus alleg.40.*) licèt ad minorem rationem nascatur de quo passim in foro cum *Franco dec.254. num.14. Grivello dec.103. n.10. Gratiano discept.206. n.18. Rovito in prag.3. de ceff. bonorum n.23. & decis.9. num.24.* aliisque ex quibus *Pratus pract. obse.12.* quicquid Leotardus & quidam alij quibus satisfaciunt *Reg. Marcianus disp.59.* aliique apud Addentes ad *Frācum*; Et verissimum erit illud, tanquàm aliquid aliud à sorte, sivè aliquod extrinsecum sorti accedens ob conventionem innitam, & per se stantem non gaudere sortis privilegio prælationis. Unde ad hoc interesse, sivè potiùs tertias conventas restringenda quæ scripsit *Reg. Galeota ubi suprà* ipsemet vir acutissimus satis innuit sub *n.35.* & in hac hypothesi *Reg. de Ponte, & sequaces,* qui contrà allegantur, manus dare cogendos nemo est qui non videat.

At si tractetur de interesse, quod ex mora debitoris debetur qui sibi pecuniam mutuatā ad refectionem, vel ad emptionem convento tempore non restituit, tunc videtur, dicendū; quod quoniàm interesse hoc provenit ex eodem negotio, & ex ipsamet causa, & est aliquid intrinsecum procedens ex iuris, & equitatis dispositione, à sorte mutuata, eadem prælatio, quæ sorti competit, competat, & huic interesse quod verè, & proprie, est accessorium quoddam ad sortem.

Hinc quod dicitur in *l. fin. D. de exercit. act.* verum quidem est, sed non rectè ad nostram disputationē adductum, eo quod nos nō agimus de majori quātitate pecuniç, quā refectio, aut emptio exposcebat, mutuata; neq; pro superfluo dandā prælationem volumus, sed agimus de interesse ejus pecuniç, qua verè refectū aut emptum fuit, & hoc interesse non additamentum extrinsecum sorti est, sed accessio illius, & partus.

Preterea & si quod reficiens & si in tempore posterior præferatur creditoribus cæteris: privilegium sit, & privilegium inducens prælationem concessum ob id, quia in rem impensum *l.2. C. qui potiores*: attamen quod etiam pro interesse ex mora descendente reficiens præferatur, supposito quod præfertur pro sorte, id non privilegium est, sed iuris cōmunis dispositio, qua cantum, ut quod pro sorte dicitur, pro usuris ex ipsa sorte ob moram descendentibus dicendum sit.

13 Ex his etiam, patet primò, quòd si de pœna quæratur, & de prælatione in exigenda, oportebit distinguere, & separare pœnam ex delicto, aut conventione nascentem, quæ propriè pœna est, & quam Juris Consulti nostri pœnam vocant, & pœnam illam, quam *Pragmatici* ita vocant, quæ impropriè pçna dicitur, cum revera non aliud quam interesse sit: & quidem si de hoc tractetur, quod ut diximus pœna vocatur, cum non aliud sit quam quod interest non enim pœnā conventam, sed quatenus interfsit, quatenus cum interesse concurrit exigi Nostri volunt ex *Afflicto, & Vrsillo decis.135.* quia revera interesse sub pœnæ nomine omnino est; dicendum erit pro hac pçna, siuè pro interesse hoc competere prælationis privilegium ex illa met ratione ob quam idem in interesse ex mutuo suprà diximus. At si de ea pœna quç propriè pœna est tractetur, quævè etiam citra interesse debeatur, dicere oportebit quod prçlationis privilegium huic non competit quia privato ob conventionem, fisco ob delictum debetur *l.1. C. de pœnis fiscalibus l. in summa 17 D. de iure fisci.*

14 Dixi prælationis privilegium; nàm circa temporis anterioritatem, quoniàm convētio de pœna, sicut & conventio usurarum

etiã si illæ per modum venditionis annuorũ introituum ad formam Bullæ fuerint promissæ, habent eandem temporis anterioritatem cum sorte, nisi priùs de sorte post tempus vero de pœna, aut de usuris conventuum fuisse proponeretur, dicendum erit temporis prioritatem quæ pro sorte, etiam pro usuris, & pro pœna conventis competituram, quoniam & si posteà usuræ decursæ fuerint, in pœnam ob tempus solutioni præfixum decursum, adhùc retrotraheotur illę ad tẽpus cõventionis, in quo primum promissæ, & hæc est ratio, quæ *Scevolam* movit in *l. Lucius* 18. *D. qui potiores*, & movit Doctores illos, qui pro usuris conventis, & pœnam adiectam, licèt prælationem non concesserint, concessère temporis prærogativam.

15 Patet secundò minùs rectè *Dion. Gothofredum* in notis ad citatam *l. Lucius* opponere, quod Fiscus in pœnis, prælationem non habeat, & quod usuræ pœna sint, & similia; etenim quoniàm Fiscus prælationem prætendit ex privilegio non ex tempore, ideo responsum est non habere eam pro pœna: quæ aliquid extrinsecum est, sicut nec habuisset pro usuris conventis, quæ pœna sunt: hoc tamen non pertinet ad Responsum in *l. Lucius*, quæ de prioritate ex temporis prærogativa nascente loquitur, ut benè *Reg. Galeota* viderat ubi supra *num.* 18. post *Bart. & Mastrillum*, qui Doctores alios adducit secum sentientes *decis.* 119. *num.* 11. *par.* 2.

16 Patet tertiò toto Cœlo aberrasse eos, qui prælationem cum hypotheca pro dote concessam ad usuras, & alimenta extendendam negabant, quando usuras has solvendas, & præstanda alimenta ratione moræ contractæ *Justinianus* sanxerit in *l. unica* §. *exactio D. de re uxoria act.* & proindè patet meritò magis communitèr reiecta prædictorum sententia competere affirmaße *Surdum de alimentis tit.* 8. *privil.* 45. *& Barbosam ad l.* 1. *par.* 3. *num.* 28. *D. soluto matrim. & Francum decis.* 613. ubi eum idem affirmet de privilegio *Autent. res quæ C. com. de legatis*, & de potestate alienandi pro dote porrigenda ad interesse dotis, quod & *Milanensis* voluit *decis.* 18. *num.* 36. *lib.* 1. *Peregr. de fideicommissis art.* 42. *num.* 96. Censalis ibidem *Noguerolus alleg.* 17. *num.* 21. aliiq; apud *Lucam ad Francum nu.* 1. & apud *Doctissimum Eloquentissimumque D. Ioannem Baptistam de Luca*, Sanctissimi, ac bonorum omniũ Optimi Maximorumq; *MAIORIS PONTIFICIS INNOCENTII XI. meritissimũ Auditorẽ, ac Iustitiæ vindicẽ in suo tract. de dote discursu* 45. *n.* 40. oportet ex supradictis id tunc verum esse animadvertere, in usuris quæ ratione moræ debentur ex dote, nisi dicere velimus quod *Iust.* Sanctione sua effecit ut cum de dote tractetur, & si conventæ usuræ fuerint adhùc ex mora debitæ dicantur, quoniam conventio, aut superflua est, nec aliquid novi affert, aut ad majorem explicationem, & ad taxationem harum usurarum adiecta, ideoque rectè conclusère privilegium competere indistinctè, idem *D. de Luca de feudis disc.* 26. *n.* 13. *& Pratus ad Pascalem de viribus patria pot. q.* 2. *cap.* 7. *n.* 39.

17 Patet quartò circa Regium Assensum porrigendum, quod & si *Afflicti in l. imperialem notabili* 12. *quæst.* 8. *de prohib. feudi alienat. & Freccia de subfeudis* sequenda foret sententia, & negandum præstitum assensum pro sorte ad interesse ex mora porrigi, adhùc id specialem quandam rationem haberet, nempè directi domini præjudicium; nàm & si interesse sit accessio intrinseca fortis, quoniàm tamen ex mora pendet, potest dici, quod Dominus, qui assensit debitori eique concessit ut feudum obligaret, non crediderit, eum in mora solvendi futurum atque debitum super debito coacervaturum; & ita in sui perniciem integrum feudum perditurum. Hinc non quia interesse non habeat privilegium, idem quod fors, sed quia voluntas Domini ad interesse usq; perveniße nõ existimatur: assensus non porrigitur, ut ex his quæ proferunt *Marta decis.* 156. *& Consil. Staibanus resolut.* 62. *num.* 39. videntur sensisse, & quidem ita evenit in specie *in l. fin.* §. *Lucius Titius de con. indebiti*, in qua ideò Restitutio concessa sorti non porrigitur ad interesse, quoniàm restitutio fuerat impetrata à minore eique concessa, ne debitum hæreditarium solveret, At non concessa, ut solutum repeteret. Unde cùm usuras jàm solverit, ad eas restitutio non potuit produci, non quia usuræ à sorte non pendeant, communemque cum illa fortunã non habeant; sed quia voluntas prætoris restituentis fuit restituere minorem ad hoc, ut non solveret, id quod solutum non credebat, non ad hoc ut jam solutum repeteret. Cæterùm utcunque res sit multò meliùs ratiocinãtur, qui etiam assensum ad interesse porrigi volunt, si interesse ex mora, & natura obligationis veniat, secùs si de per se, & ut separatum debeatur, ut post *Camerarium in cit. l. Imperialem, & Surdum quæst.* 31. *nu.* 36. 65. *& 69.* optimè adverti *Regens Galeota loco cit. sub n.* 24. ad quorum dicta dirigenda ea quæ habentur penès *Lucam ubi sup. & Reg. de Mariniis ad Rever. obser.* 66. *num.* 5.

18 Denique patet perfunctoriè loquutos eos, qui post *Ripam in l. privilegia num.* 15. *de privil. cred. & Bursatum cons.* 103. *num.* 32. scripsère, quod *tex. in l. Lucius* procedat in usuris, quæ accessoriè debentur, non etiam in aliis, quæ de per se stare possunt, quando ut totiès dictum est *tex. præd.* loquitur de prioritate, non ex privilegio, sed ex tempore, quæ etiam

in

in his usuris, quæ de per se stare possunt; quoniã ex eadem conventione, de qua sors, natæ sunt (si modò à principio de illis conventum fuerit) locum habet: debuerant dixisse privilegium prælationis non competere, sed æquivocarunt credentes, quod privilegium *l. Lucius* idem sit cum privilegio prælationis, quod falsum esse rectè *Reg. Galeota* monuit loco citato: sicut è contrario persunctoriè loquutos apparet eos, qui supponentes eadem hypotheca, & anterioritate qua sors sive capitale gaudet e usuras taxatas conventasque; in dubium postea ponunt, an etiam interesse non taxatum sive non liquidatum eadem anterioritate temporis gaudeat, & affirmativè respondent cum *Consil. Franc. Rocco Resp. 71. cent. 1. & Franc. Maria Prato in addit. ad Pascalem de viribus patriæ potestatis dicta par. 2. cap. 7. sub n. 41.* quando in hac materia multò magis favorabiliores sunt tertiæ, quæ ex mora, & si non conventæ, nec taxatæ, nec stipulatæ debentur, quàm illæ, quæ ob conventionem, & stipulationẽ juxta taxam exsolvendæ sunt. Nam ut diximus usuris illis, quæ ex mora debentur competit nõ solum prælatio ex temporis prærogativa, de qua illi loquuntur, sed etiam prælatio ex privilegio, ut totiès inculcavimus.



CAPUT XII.

Ad §. quia verò Novellæ 97. de æqualitate dotis.

SUMMARIUM.

1 Perversa explicatione invertit hoc capite *Faber*, quod perspicuis, & apertis verbis *Justinianus in §. quia vero*, ejusdem *Novella 97. de æqualitate dotis* scriptum reliquit, nempè mulierem cedere debere in concursu ei, qui ad militiam comparandam mutuaverit, dummodo ea concurrant, quæ ad evitandas fraudes satis esse credidit idem Imp. & ibidẽ enumeravit; nàm scribit ipse *Faber* id tùnc admittendum, cum mulier tempore posterior invenietur, hocque verbosissimè contendit, nec videt id primùm *Justiniano*, deinde suismet traditis adversari; quippè si verum est, quod in his verbis, *quia vero adducitur a Justiniano* exceptio ad ea, quæ proxima dixerat, omninò oportebit asserere, quod cũ proximè dictum fuerit, quod mulier pro dote, anteriore præferenda sit posterioribus Creditoribus, ut ostendimus in præcedenti, & patet ad oculum allata exceptio ad eamdem speciem pertineat de muliere antecedentem in tempore hypothecam habẽte, & in illa peculiariter aliquod diversũ ab eo quod dictum servandum dicatur, & sanè quis *Justin.* in eadem hypothesi sisterẽ nõ videt de muliere anteriore, & motuãte expressè ad rei emptionẽ, sed ratione rei emptæ, nẽpè ratione Militiarũ ex quarum venditione non parũ cõpendij fiscus, & Respublica consequebatur aliter velle; ideoque ut ad emptionem, invitaret sarctum tectumve privilegium quod aliàs ad emptionem mutuantibus concedi solet, etiam adversus mulieres esse voluisse, ut ita qui emere militias volebant faciliùs sibi pecuniam accomodantes invenirent

2 Hæc autem quæ dicta sunt, nempè mulierem & si tempore priorem postponendam ei, qui ad comparandam militiam crediderat, ejusve pecunia cõparatã constabat, cõfirmabuntur etiam nec male ex vers. *propterea igitur §. optimum quoque Novella 53. de exhibendis reis*: etenim ibi statuitur in militijs præferendos esse, primò eos, cujus pecuniæ fuerunt cõparatæ, deinde uxorẽ illius, & liberos, tertiò tandèm cæteros Creditores, ut Interpretes omnes animadvertère. Nec recipi potest quod hic comminiscitur *Faber sub nu. 7.* scil. ibidem disponi non de muliere Creditrice, sed de muliere dotem non habente eamq; in illis commodis, qui ex militia provenient præferri Creditoribus voluisse Imperatorẽ; Nã id fieri iniquissimum fuisset. factum incredibile est, quis enim credat *Justinianũ* eo lapsũ,

ut voluerit mulieres, & si non Creditrices Creditoribus præferendas, & nulla idonea de causa? quod si iniquum, & ridiculum *Faber* appellat *Imperat.* quod tot privilegia mulieribus dotem propriam recuperantibus cõcesserit quantò magis talis iudicãdus fuisset, si (iniqua, & ridicula expositione admissa) cadẽ mulieribus non Creditricibus nec datam dotem repetentibus concessisset. Cæterùm cum *Justinianus* adeo solâ dotis causã præ oculis semper habuerit, ut ideò semper donationes propter nuptias exceperit, & in lucris nõ favere mulierib. pluries fassus sit, postcà quis credat favere mulieribus de lucro certãtibus, ut adversùs mariti Creditores præferre voluisset? esset ne hoc *piam, & Deo placentẽ actionem legẽ ponere, vel inhumanum aliquod facere* ut ipsius refera verba. Neq; quod filiorum fecerit mentionem aliquid movet; nam hi tùnc admittentur, cum mortua matre, dotem maternam repetent, ut rectissimè *Accursius* advertit ad verbum (*filij*.) Quanquam si *Justinianus* hujusmodi privilegium, quod sane maximum esset, & exorbitantissimum cõcedere mulieribus voluisset nõ transeunter in *d. Novella* 53. Sed bene longa Cõstitutione, cum amplificatione propriæ beneficentiæ præposita id fecisset, alteramque *l. assiduis* formasset, quod cum non agat; sed mulierem inter Creditores connumeret satis indicat illam uti Creditricem proponere. Confirmat antecedentia, quòd cum mulieri indotatæ providerit in sequenti capite, volueritque eam aut quartam habere, aut succedere cum filijs, hoc non obscurum præbet argumentum, quod in antecedentibus de muliere dotata tractaverit.

3 Tandèm sunt duo hic advertenda. Primù malè *Fabrum*, ut solet asserere quod *Pauli* Responsum in *l.* 1. *D. de rebus eorum* corruptum fuerit à *Triboniano*, additis verbis illis: *Si igitur talis species in privato venditore inciderit imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur*. Etenim longè ante *Tribonianum* in hujusmodi speciebus solitum impetrari Rescriptum Principis, veluti de re obtinente, & explorata scribit *Aurelianus in l. illud requirendum* 2. *C. quando decreto opus non sit.*

4 Secundò pessimè credere Fisco ex causa Primipilari creditori, mulierem præferendam esse; nàm in contrarium rescripserunt Imperatores in *l. satis notum D. de jure fisci in l.* 1. *C. de privil. Fisci, & in l. utilitas publica* 3. *C. de primi pilo lib.* 12. probaturque alijs ex locis tũ à *Negusant. de pignoribus par.* 2. *membro* 4. *num.* 164. tùm à *Duareno ad l.* 1. *soluto matrim.* tum ab *Abbate in cap. ex parte de constit.* neq; his Rescriptis sequutæ *Justiniani* leges in aliquod derogarunt, ut videtur credidisse *Faber*; siquidem tractant hæ de militijs, & de militijs ex casu, de Creditoribus reficientibus, mutuantibus, & similibus quorum longè diversa Primipilaris causa est; sivè quia Primipilo, ut *Vegetius lib.* 2. *& Pomponius Latus de Magistrat.* scribunt totius belli administratio commissa erat, ideòque cum maximo Reipublicæ malo futurum, si malè officio fungatur, ut *Petrus Vanderanus* ratiocinatur *de privil. Cred. cap.* 4. *in fine*, sivè quia præmiorum militarium cura, & divisio ad eum spectabat; docet enim *Vitruvius de re milit. lib.* 2. *c.* 8. primipilum tanquam caput consequutum esse totius legionis merita, & præmia, & fortasse distributio etiam militaris annonæ ad eundẽ pertinebat ut *Balduinus in tract. de pignoribus cap.* 7. quam ut meliori fide erogaret, sancitum est tum uxores, tum filios etiam teneri ejus, & si non hæredes, si malè administraverit quæ ad munus suum pertinebant. Itaque cum ita sit ea, quæ generalitèr de militijs, aut de alijs Creditoribus à *Iustiniano* in favorem mulierum sunt constituta, non possunt ad primipilarem causam; quia hæc specialem habens rationem, peculiarem quoque constitutionem expostulabat, neque verisimile est *Justinianum* præcedentium Principum Constitutionibus tàm rigorosis, & specialibus voluisse generalibus verbis derogare: quando si id voluisset magnam quidem, & ipse & *Tribonianus* occasionem ostentandi æquitatem, longumque prologum faciendi nacti forent.

5 Sed hæc satis ad *Fabrum* at non satis ad materiam huius *Novellæ* 97. *de æqualitate dotis*. Igitur rursùs illud Primò adnotandum erit, quod quamvis ex §. *quæsitum* ejusdem *novellæ*, sive ex *Auth. de æqual. dotis, & Aut. quod autem C. de pign.* receptum sit apud Nostros quod mulier & si alijs Creditoribus mutuatarijs preferatur, non tamèn præferetur illis, qui mutuarant ea lege, ut ex eorum pecunia maritus militiam emeret, eamq; emisset, nam ita *Pragmatici cum Negusant.* 2. *membro* 5. *partis num.* 21. passim affirmant, & *Neoterici cum Donello, Balduino, Bachovio*, &

6 similibus in tractatu de pignoribus; Attamen ex Nostrorum traditis intelligi non facilè potest quænam fuerint hæ militiæ, de quibus *Justin.* ità constituerit, quandoquidẽ & si apud eruditiores ferè omnes constet esse quędã ministeria publica, quorum causa salaria, & commoda à Principe tribuebantur illis, quibus erant commissa, ut *Hotom. & Pratens* affirmant, unde *Franc. Connanus* arbitratus est militias fuisse ea, quæ vulgò officia vocamus, quorum sunt fructus, ex salario annuo, aut annonis publicis, latiùs, ut & eruditè *Lalius Taurellus in libello*, quem *de militijs ex casu* inscripsit ad *Aut. August.* expli-

explicavit; Adhuc dubium facit, quod & si plerumque prædictas militias cum vita possessoris defecisse videamus, ideque ex casu dictas, quonlam in ipsis casus plurimum valebant, nam pront quisque longiùs viveret, diutiùs ipsis fruebatur morte tamèn amittebat; quia ad Principem redibant; attamen quandoque non finitas, sed ad hæredes transisse observamus, ut videre est apud *Paulum in l. mortuo* 49. §. 1. *D. de legatis* 2. apud *Scevolam in l. Creditor* 52. §. 2. *de act. empt.* & *Celsum in l. Lucius* 22. *D. de legatis* 2. Et quanquã ex his Responsis muti plerique, duo genera militiarum constituerint. Primum illarum quæ ad hæredes transibant. Secundum earum, quę cum vita finiebantur; tamen dubium remanet, de quo genere *Justinianus* sensit, & quomodò ea, quæ ad Principem redibant absque Principis licentia poterant hypothecæ subijci, & an morte militis, ut militia, ità & hypotheca spirabat; an verò hypotheca, adhuc defuncto milite militiam sequeretur, ut sequitur feudum apud nos cum super eo rectè fuerit idest cum Domini directi consensu imposita. Sanè, & feuda à militijs originem sumpsisse, sunt qui credant cum *Tutio Pisone, Soacio in tract. de feudis*. Unde *Connanus* Principis assensum requiri etiam in hypothecandis militijs fassus fuit *lib.* 4. *Comment. Iuris cap.* 15. *lit. B.* & *lit. C.* & ex eo inter nostros *Dollifs. Reg. Galeota in Resp. fiscali* 12. *num.* 12. & *sequ.* quando *Iustinianus* de militijs suis ità loquutus est, ut supponat ea ut & cætera buna hypothecari posse, & de Principis assensu, aut licentia requirenda vestigium nullum in juris nostri libris invenimus, & si tot adsint loca, in quibus id nobis significari debuerat, præcipuè in *l. fin. C. de pignoribus*, & in *Novella* 53. *de exhib. reis*.

7 Cæterum *Regnicolæ* ea officia, quæ Actuariarus sunt, & similia, militias fuisse existimãt; nàm & apud Veteres militiã Cartulariorum fuisse idem advertit *Reg. Galeota ubi supra*, qui reliquis omnibus eruditiùs disserit in hac materia, quanquam non desint qui potiùs officia illa quæ in Curia Romana sunt aptiùs posse cum militijs, æquiparari tradiderint post *Seraphinum decis.* 1294. *Gratianum cap.* 580. *Velasquum de portionibus cap.* 13. & *Merlinum de pign. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 14. qui de pignore fructuum, officiorum, emphytheusis, & similium tractat ad praxim.

Ulteriùs in eo quòd *Faber* contendit tùnc mulierem cedere debere ei, qui ad militiam comparandam mutuaverat, cum ipsa tempore posterior fuerit, atque ità explicandum *Iustinianum in* §. *quin verò Autent. de æqualitate dotis*. Sunt & plerique eorum qui in Foro versantur, qui cum ipso sentiant sequuti *Baldum, Novellum in tractatu de dote par.* 10. *col.* 12. *vers.* 13. *limita.* quamquam communior sententia aliud sentiat, ut passim apud Nostros videre est.

8 At illud etiam quod ex vulgatis juribus in dicta *l. satis* notum alijsque de primipilo dictum est quamvis notum apud omnes ut *Barbosa in l.* 1. *par.* 7. *num.* 4. *D. soluto matrimonio, Manticade tacitis lib.* 11. *tit.* 18. *num.* 8. *tit.* 26. *num.* 40. *Ioannes Fr. de Ponte de potestate Proregis tit. de regali imposit.* §. 8. *num.* 5. *Gratianus c.* 733. *Gaitus de Credito cap.* 4. *n.* 1496. testantur, qui & si non ignoraverint, quod *Faber num.* 4. monuit *Diocletiani, & Maximiliani* Rescriptum, quod in *d. l. ultima C. de primipilo*, longè antequàm *Iustin.* & hypothecam, & prælationem mulieribus concessisse latũ nunquam tamen dubitarunt, quin locus hodie Rescripto illo sit post *Iustin.* nam non solum non abrogatum expressè, sed in *Codice* repositum videbant, non dubitantes voluisse etiam postquam tot privilegia mulieribus concesserat Rescripto *Diocletiani* locum relinquere; Attamen non modicè hæsitandi causam illis præbuit ea cõtroversia, an hodie apud nus citatis exorbitantibus Constitutionibus, & prædicto *Dioclet.* Rescripto locus sit, quod pendet ex inspectione illa, an officium primipili duret, & qui nã sit, his temporibus, & an sit nunc apud nos officium aliquod, aut dignitas, quæ cum primipilari officio, & dignitate comparari possit, vel in primipili locum successerit? Et quidem pro affirmativa nonnulli, tum ex eruditioribus, tum ex *Pragmaticis* sunt, inter quos *Capicius decis.* 129. *num.* 12. *Peregr. de Iure fisci lib.* 6. *tit.* 6. *num.* 43. *Mantica de tacitis lib.* 11. *tit.* 18. *nu.* 8. & 9. *Gratianus cap.* 733. *n.* 6. *Zuccardus decis. Lucensi* 63. *num.* 4. & similes, qui omnes scripsère primipili officium adhùc durare, illudque esse in Generali Thesaurario Principis, cujus uxorem, & filios prædictis legibus subiacere in reddirione computorum Viri, & Patris sui affirmant, quinimò & *Reg. Galeota Responso fiscali* 6. *n.* 64. ultro progreditur, & non tantũ in Thesaurario; sed & in eo officio, quod nos in Regno, Doganerium dicimus, Primipilatum agnoscit. Probant autem supradicti suam assertionem ex pluribus, & præcipuè ex eo quod ad curam Thesaurarij sit pecunia destinata ad militare stipendium, ut erat olim ad curã Primipili, quod adnotavit *Alciatus Regula* 3. *præsumpt.* 41. *Barbosa in l.* 1. *nu.* 3. *par.* 7. *D. soluto matrimonio*, & *Lucas de Penna ad l.* 3. *C. de primipilo*. Item ex eo quod *in l. officiales* 4. *C. de Episc. & Clericis*, Officialis Principis Primipilo æquiparatur, & ex similibus. Sed ex adverso sunt qui negant, néc hodie usum Primipili superesse contendant cum *Merenda contr. Iuris cap.* 39. *lib.* 6. *num.* 3. *post Castrensem* in

in l.1.C.de Jure fisci Covarr.variarum 1.c.16. num.7.de Ponte de Potest. Proregis tit.4. §.8. num.17. Mastrill.de Magistratibus lib.5.c.9. num.91.Gaitus de credito cap.4.qu.11.n.1909. quibus assentiri videntur noster *Faber* hic *num.6. Alfarus de officio fiscalis Glossa 16.n.95.* & similes.

10 Et quidē cum annis retrò elapsis,quādo ego dare operam Jurisprudentiæ vix e pueritia egressus inceperam, in quadam causa hoc ipsum in controversiam deduceretur, an scil. Thesaurarius Principis in locum Primipili successerit,adeòque illius pœnis expositus foret?& pro affirmativa,fisci jura acerrimè tutatus fuisset,fisci tunc Patronus *D. Carolus Cala Diani Dux,& Reg. Regiā Cancellaria* doctrina vir, ac nobilitate conspicua præstantissimus; pronegativa vero favorabiliorē, æquioremq; sententiam sectatus, doctè allegasset *Scipio Martinus*, tūnc temporis inter Advocatos Primarius, nūnc Regis Consiliarius omnibus numeris absolutus;atq; hi duo rem omnē pro utraque parte perfecissent: Sufficere posset adire tantum hominum doctissimorum scripta, ut plenissimè hujus materiæ cognitionē consequeremur, sed quia illa non mihi dū scribo habere contingit; nàm inter domesticos lares servant contenti Authores in illa causa sibi suisque plenissimè satisfecisse, ideò aut legenda suaderem quæ *Mercurialis Merlinus quæst.94. lib.3.tit.3. in tractatu de pignoribus*, attulit, aut quæ *Camillus Larasha in cons.80.* similesque adnotarunt, quanquàm nec in Regno practicari, ut Thesaurius pro Primipilo habeatur, nèc alibi in Europa tota testetur *Reg. Marcianus disput.47. n.39.*

11 Aut si mihi aliquid in Re tàm abundè tractata liceret addere Primò observandum dicerem,non ejusdem dignitatis,neque semper

12 idem hoc Primipili officium,sed variè alteratum, ut & cætera officia,pro morum, & temporum varietate mutuarūq; fuisse,nàm omisso, quòd alitèr circà militum numerum ab eo gubernatorum apud *Livium lib.7.& 8.* alitèr apud *Halicarnass.lib.9.*& denique alitèr apud *Vegetium lib.2.cap.8:* relatum est; adhùc & circà dignitatem ipsius variatum videmus; siquidem apud *Livium, & Halicar. Primipilus* Centurio est, vel paulò plus, quàm Centurio: aut si credimus *Pyrrho Anglebermei in Rubr. Cod.de Primipilo.* Decumanę legionis quæ cæteris nobilior,Centurio est, at apud *Vegetium* non Centurio solum, & qui Aquilæ præesset, sed etiam quatuor Centuriarum Gubernator est, & apud *Suidam* Primipilarius dicitur qui majorem dignitatem inter milites habens,ità à Romanis appellabatur. Hinc ex hoc loco,alijsque,qui de distributione militaris annonę per Primipilos facienda, & de commodis legionum apud Primipilares remansis, & de æris militaris cura spectante ad illos, mentionem faciunt, sunt qui adeò Primipilare officium extollant, ut Primipilum nō solū Principem legionis fuisse velint cum *Balduino de pign.& hypoth.cap.7.* sed quinimò ferè cum Præfecto legionis confundant, quod displicuit tamen *Corasio Miscellan.5. cap.4.* & meritò quidquid alij existimant ex traditis à *Cujacio in l.solita C.de cohor. Princip. lib.12.& a Donello de pignoribus.*

13 Secundò vellem quoque observandum, quod posteriorum Imperatorum temporibus, & præcipuè circa tempora *Dioclet.& Maximil.* itemque *Cari, Carini, & Numeriani* officium istud Primipilatus, & si administrationem annonæ militaris habuerit, non tamen habuisse videtur dignitatem illam in militia, quam priscis temporibus habebat, argumentum rei,quòd hane administrationem, veluti coacti homines temporibus prædictis suscipiebant, (quod sanè in suscipiendis dignitatibus non contingebat)ex tex.in *l.quicumque*, & in *l.ordinariorum 7.C.de cohortalibus lib.12.* in quibus coactos ad officium primipilare gerendum homines satis constat.

14 Tertiò observandum vellē,quod circà hæc tempora cura Primipili fuisse videtur parare sive præbere pastum militibus, aut complere digesta ratione pastum, ut *Valen. Teod. & Arcad.* loquuntur in *d.l.ordinariorum*, quod non aliud est, quam curam pastus militaris habere; sed militantium, eorum præcipuè, qui ad limina imperij custodienda excubabant, his enim militibus, qui limitanei dicūtur in *l.ultima C.de officio militaris Iud. & in l.3. C.de fundis limitaneis* annonam præstare debebant Primipili, ut apertissimè ostenditur Constitutione illa, quæ extat in *l.6. C. Theodosiani lib.8. sub tit.4. de cohortalib. Prin.* in hæc verba: *Primipilarib. qui ad pascendos milites sollemnitèr ad limitem destinantur gravia substinentibus detrimenta hoc modo credidimus consulendum, ut Duces qui multa eis extorquere firmantur nomine munerum, vel sportulæ, nihil amplius percipiant quam percipiebant à Patre nostra perennis memoriæ Regente Rempublicam,itaut species à Primipilaribus ipsa præstetur, nec in nummum aurumve dirigatur ne super immensitate pretiorum necessitas conquerendi exurgat. hac igitur remota injuria idonei mittantur qui ex more susceptis omnibus alimentis militaribus easdem pervehere contendant actis apud Rectorem Provinciæ conficiendis,per qua designabitur quantus specierū modus in usum alimonia militaris a Primipilaribus præbeatur, & quid ob munera ducibus mittenda,vel sportulam, cujus habet notitiam officium Præsidale. Dat.Epistula Præfecto,cui hac Sacra fuerat ante lata 11.Kal. Iun. Mediolani. Datiano, & Cereale conss.*

15 Cujus

15 Hujus autẽ, ut hoc interim fatear Constit. cumde hac re (ut sæpè de eruditioribus J. Civilis locis faciebamus) dissereremus, me admonuit vir ille doctissimus, meique optimè meritus, & quem honoris causâ semper nomino *Leonardus Maximus de Philippis*, à quo multò meliora, & selectiora Jurisprudentia tota, & juris studiosi omnes habituri fuissent si nescio qua (ut ità loquar) maligni fati invidia præpotente, effectũ nõ foret, ut illius scriptorum, & ehu per quot annos elaboratorum jacturam passi fuissemus: Nos certè plurics de hac re anxij eum monuimus: & ne eveniret, totis viribus præsaga mente innitebamur; at ille dum viveret, sivè naturali quadam morositate, seũ cõtinuo morbo, in obstinatis studijs contracto, impeditus; & quia nunquàm manus à tabula amovere sibi tandem licere credebat semperque opus esse intet limam habere quæ fecerat, non solùm sua vulgari passus non est, nã nonũ præmebat in annũ quinimò in vigesi. nonũ; sed nec selectiorib. discipulis, & nobis, qui tantoperè, id magnifaciebamus integram saltem eorum paginam legere postquam ingentia volumina ostendisset, & attètè observare permisit, hinc non multos post annos, insperatò, & improvisò Authore fato functo; Eadem scripta remanserunt quidem, sed aut quia ut ipse dicebat, nõ absoluta, aut quia nõ digesta, & malè disposita, & manu non intelligibili exarata, lituris etiã, & cassaturis inversa, atq; in minutis, & varijs Schædis additata potiùs quàm extẽsa, ita remãserunt, ut nõ remãsisse dicendũ sit; Unde cum isa extẽt, si & nũc apud hæredes extãt, & nõ potiùs in quodã angulo ignoto blattis, & tineis jacèt exposita, ac si non extarent existimandum.

16 Sed de his satis limitaneis, ut ad cõstitutionem revertamur, itaq; cum annonã præstaret inferioribus temporibus Primipilus, quia hujusmodi limites imperij vulgò *Frontiere*, *Barbaris*, & alijs hostibus paterent: ideòque (tunc factionum, & turbarum agitato Universo) attentè admodum forent custodienda: Visum est Imperatoribus pœnas varias gravesque Primipilaribus imponere, nè interversa eorum fraude, aut desidia annona militàri, milites de facili limites custodiẽdos desererent paterentque illi Barbaris alijsque Reipublicæ hostibus, & maximo discrimini hanc exponerent. Ex his igitur observatis duo patebunt. Primum quale sit officium Primipilare, & quis Primipilus adversùs, cujus uxorem, & filios tam acriter Imperatores constituerint, & qua moti de causa. Secundum, quod si hodie eveniret, ut hi, qui curam militaris annonæ in limitibus Imperij, aut in Arcibus, & Præsidijs limitaneis, vel inimicis bellantibus expositis habebant, deliquissent, & per fraudem eàmdem annonam intervertissent, diminuissentq;, aut vitiassent, poterit Judex illos Primipilaribus impositis pœnis punire eorumque uxores, & liberos plectere: Cæterùm ultra hos, ad Thesaurarios Doganerios similesque in pace Officiales extendere pœnas non debere.



CAPVT XIII.

Privilegium Prælationis mulieribus concessum transire ad liberos.

SVMMARIVM.

1 *Faber mutata voluntate excludit liberos à prælatione materna.*
2 *Quibus rationibus.*
3 *Reiicitur prima ejus ratio.*
4 *Reiicitur secunda ex verbis l. assiduis.*
5 *Occurritur Fabro.*
6 *Probatur nostra sententia aperta ratione.*
7 *Item ex Novella 91.*
8 *Respondetur ad Argumentum ductum ex verbis §. fuerat instit. de act.*
9 *Vera expositio prædictorum verborum.*
10 *Pragmatici, & Repetentes distinguunt, & rectè prælationis privilegium à privilegio tacita hypotheca.*
11 *Hoc transire volunt ad hæredes, & successores.*
12 *Illud non item, sed cedi posse.*
13 *Habent filij non uti hæredes matris.*
14 *Item Monasterium ex persona filij.*

1 Hucusque multò magis quàm *Justinianus* favere mulieribus, voluit *Faber* & ipso liberalior tùm creditoribus expressam anteriorem habentibus hypothecam, tùm mutuãti ad emptionem, vel ad refectionem, etiamsi posterior dos fuerat, tùm etiam & fisco, vel si ex Primipilari causâ agat, eas prætulit quinimò, & cum illo cujus pecunia militia cõparata proponebatur cõcurrere eas, nec cedere, nisi tẽpore sint posteriores permisit; alios autem creditores super hujusmodi militijs adeò superare, ut vel si dotem non habeant, indotatèque ad maritos venerint, illos excludant, & & ipsas solas præmia militiarum consequi voluit. At nunc non animadversùs *Justinianum* ipsum fateri in filij mattes ipsas supervivere iàm mutatus ab illo ab hujusmodi privilegijs, & prælationibus quibus ditavit matres excludit filios, & sicuti non transire prælationem ad hæredes extraneos constitutum est, ità nec ad liberos pervenire in hoc capite contendit; adeoq; Interpretes nostros errare,

ait

ait dum existimant privilegium mulieris, ut omnibus creditoribus præferatur cum dotem repetit, transire ad liberos hæredes matris, licet non transeat ad extraneos.

2 Novam verò hanc sententiam quam verbosissimè pluribus inculcat, duobus tantùm argumentis firmare præsumit. Primum, quod Ratio, quæ militat in matribus cessat in filijs. Secundum, quod *Justinianus* nunquàm filijs privilegium qnod mattibus præstiterat concessit: quinimmò fassus sit, tunc dare, cum ipsa mulier de dote sua experitur, cujus solius providentia hoc induxit, at hæc duo argumenta quanquàm sciam dissoluta, & infracta à *Reinardo Bachovio in notis ad Trentl. vol. 2. disput. 14. Thesi 7. lit. B. ver. hoc privilegium*, & in *tract. de pignoribus lib. 4. cap. 13.* Placet nunc mihi paulò aliter destruere, & modo sequenti.

3 Ad ptimum scilicet Argumentum negabo non easdem in filijs militare rationes, quæ in matribus, nā plures saltèm si non omnes militāt, & maternus favor elucet in ipsis, id quod in specie Imperator cōsideravit, dùm protulit in *cit. l. assiduis §. exceptis sic maneat jus incorruptum, quasi adhùc vivente matre eorum.* Sanè Ratio illa *cum penè mulieribus tota substantia in dote constituta est*, quis non videt quàm æquè militet in filijs, quorum penè totum patrimonium eo quod hypothecata creditoribus paterna bona supponitur in dote materna remanet; item & congruentia illa; *oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris*, quis potest negare quam aptè in filijs quoque veniat consideranda.

4 Ad secundum dicam falsum esse, quod jactat *Faber*, & ex eo plerique, nunquàm *Justinianum* privilegium maternum ad filios produxisse; produxit namque tùm in *d. l. assiduis*, tū in *d. Novella 91. ut exact. instāte dotis*, hoc autem non solùm ex ea voluntate, qua velle consequens dicitur is, qui antecedens voluit, adeòque ex ratione legis elicimus, ut quidam faciunt prorsùs miserè: sed quia pronunciatum apertis verbis, apertaque dispositione declaratum est, ut ex infrà dicendis patet.

Primò nam in citata *l. assiduis*, scriptum *ad filios hujusmodi privilegiū transire*, & adeò disertè, & generalitèr, ut nullo modo possit, ut *Faber* facit, restringi ad eam dumtaxàt speciem in qua filij pro dotibus maternis cum Noverca super bonis prædefuncti patris cōcurrunt; reluctant enim, & reclamant tùm *Justiniani* verba, tùm Juris Ratio, verba scil. illa *exceptis videlicet contrà Novercas anterioris matrimonij filijs, quibus pro dote matris suæ jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel ejus creditores: in præsenti autem similem eis prærogativam servamus*, quò enim hæc *similem eis prærogativam servamus*, an non transire in liberorum privilegium prælationis illa constituunt? de privilegio enim prælationis sermo est.

5 Nèc effugit *Faber*, dicens de hypotheca tacita ea verba explicanda; nàm vel ipso Judice hanc explicationem non admittent, ipso quidem scil. Judice, qui id animadversùs desideravit ad propriam expositionem substinendam quam ruinosam, & cadentem videbat *Tribonianum* adiecisse integram clausulam (*idest jus idem tacita hypotheca, & contra posteriorem uxorem.* Acutè sanè si Dijs placet, an non faciliùs mi *Faber* poteras tibi novam constitutionem confecisse in qua quidquid velis constitutum? hanc enim quam habemus, & si accomodes, nec ad tuū sensum poteris trahere, nam si adijcias tot verba, clamabunt etiam sequentia illa. *Sed sic maneat ejus jus incorruptum, quasi adhùc vivente matre eorum*, & ad hæc; aut matrem eorum non habuisse prælationem, ut respondeas oportet, aut verba imperiti Interpretis esse, ut soles asseras; ideòque expungas. Sed adhùc & illa remanebunt *duabus dotibus ex eadem substantia debitis, & tempore prærogativam manere volumus*, quæ indicant in cæteris pares esse dotes, & si alteram mulieris defunctæ liberi, alteram superstes mulier petat, & cur non hæc etiam expungemus?

6 Reluctat quoq; adversus Fabrianā assert. & Juris Ratio; nàm ut rectè *Interpretes* omnes scripsère, non potuit *Justinianus* filios Novercæ prætulisse nisi pronunciasset in illos matris privilegium transijsse, nam aliter plura absurda obventura. Primum, nàm filij adversùs Novercam, quæ dotale creditum repræsentat jus haberent non autem adversùs creditores, unde dos cederet his quibus creditores non cedunt. Secundum nàm *Justinianus* suasmet Constitutiones, & suamet privilegia elusisset, dum supposito matrimonio, & liberis (ex his quæ frequentiùs accidunt) & suppositis notissimis inter privignos, & Novercam dissidijs, & odijs futuris, nunquam ei, quæ secunda uxor fuit, aut raro gaudere prælationis beneficio continget, nam ab ipsa privigni: ab his vero quia privilegio materno non gaudent: creditores semper bona auferrent.

7 Secundò præstitum à *Justiniano* maternum prælationis privilegium liberis comprobamus ex citata *Novella 91. ut ex actione instante dotis, &c.* In cujus proemio Imperator ait: *Nec enim alijs dedimus, nec dum damus hoc privilegium sive haredibus, sive creditoribus, sed solis filijs.* Et quale quæso hoc privilegium erit, si non sit prælationis, de quo *Justinianus* tractat. an dicemus esse tacitæ hypothecæ, & ut nullas dos admittat retētiones? Sed hoc ad

hæ-

hæredes transire constat *ex l. unica C. de rei uxor. act.* Nec immemor, aut mendax Imp. credendus: & cũ tacita hypotheca,& actio ex stipulatu insint, nec personæ, sed causæ privilegia sint, ad hæredes etiam, & ad alios transire posse nulli dubium erat, ut bene *Bart. ad l. 1. & ad l. post dotem D. sol. matrim. & Mising.* alijque *in comment. ad §. fuerat instit. de act.* animadvertère. hinc *Graci*, nedum *Latini* omnes optimè *Iustiniani* Constitutiones tenentes, quod nos asserimus adversùs *Fabrum*, & ipsi docuère, & præcipuè *Iulianus Patritius in epit. Novellarum Constit. 84. cap. 334. Teodorus* Codicis Interpres ad *l. unicam C. de privil. dotis*, & teliqui Scholiastes ibidem in *lib. 28. Basilicorum tit. 13.*

8 At quia *Faber* jactat (quod & ejus Sectatores magnifaciunt) suam Assertionem ionixam *§. fuerat instit. de action.* operæpretium erit, & quid nos adversùs Achillęum hoc argumentum opponere possimus, & an illud prosternere valeamus experiri. omissa itaque *Bacoviana* Responsione quam aliàs idoneam & ingeniosissimam fatemur, ac omissis his quæ (nobis plaudentibus, & ammirantibus) in Neapolitanæ Academiæ Lyceo inter sedigladiantes in hac materia exposuère, Acutissimi, & Doctissimi Antecessores Primarij *D. Blasius Cusanus*, & *D. Ioseph Pulcarelli* ambo ut Virgilianum illud usurpem,

Et Cantare pares, & Respondere parati.

Primò præmittimus quod nullo modo asserendum est, ut quidam indoctè faciunt quod *Iustinianus* sive *Tribonianus* dictis in *§. fuerat instit. de actionib.* posteà in *l. assiduis* derogatum voluit. Nam Const. in *l. assiduis* præcessit lata in anno 531. compositionem, & promulgationem institutionum quæ fuit in anno 533. sicut è contrario nequaquam dicendum erit, quod in institutionibus voluerit *Tribon.* aut *Iustin.* promulgatas Constitutiones antiquare. cũ nec locus, & methodus id pateretur, nec unquam tale quid ibidē factum videmus, nec si factum (saltem ita exigente Titonum qui docebantur opportunitate) solis tribus verbis factum fuisset.

Rursùs præmittimus quod Responsio illa quæ ferè in *Bacovianam* incidit, quamq; Vir doctissimus meique amicissimus excogitaverat, quod verba illa à *Fabro* toties ostentata (*cujus solius providentia hoc induximus*) sint prænunciata relativè, & facta ad hæredes extraneos, mulieris relatione. Nam quamvis verum sit non ea absolutè posita, ad hæredes tamen extraneos referri non poterunt, nam nulla in præmissis in tex. de hæredum extraneorum mentio, cum quibus liberi comparentur.

9 His præmissis, dicerem citata verba ad donationem propter nuptias referenda, & illius causa à *Triboniano* pronunciata. Voluit nāq; docere, quæ privilegia dederat, doti dũtaxat nō etiā donationi ante nuptias, aut propter nuptias (cujus aliàs par causa, & par favor quam dotis esse solebat) dedisse, & hinc adiecit, *Cujus solius providentia hoc induximus.* hunc autem sēsum exprimit aptissimè *Teoph.* in sua illa paraphrasi dum scribit: *sed hoc tum demum cum mulier de his ipsis quæ dotis nomine intulit vult experiri: quapropter si ad exigendum antenuptialem, vel ob nuptias factam donationem actione ex stipulatu velit agere non ijdem fruetur privilegijs.*

Et hæc mea fuerat Responsio ad ostentatũ *Fabri* Argumentum, & hæc *Theoph.* expositio ad citata verba *§. fuerat*, nunc autē multò magis in eadem sententia insisto postquam, ex eodem *Theophili* loco inveni hoc ipsum placuisse *Iacobo Cujacio in commentarijs postbumis ad tit. de actionibus.*

10 Sed de his satis. ad *Pragmaticos* accedamus, & quidem illi in hac re post veteres *Repetentes* distinguunt, & rectè privilegium tacitæ hypothecæ à privilegio Prælationis cōcesso mulieribus à *Iustin.* atque adeò differre unum ab altero volunt, ut possit mulier illud prælationis alteri creditori modo per contractum expresse id faciat, cederre; & alterum tacitæ hypothecæ sibi conservate: quo casu erit posteà mulier posterior cessionario, & in locum suū post alios creditores reponetur, ut explicant *Salgadus in laberynto par. 3. cap. 17.*

11 *§. unico n. 4. & Reverterius decis. 148.* Hinc privilegiū tacitæ hypothecæ nō solùm ad filios, & ad hæredes, sed ad quoscunque successores transire contendunt post *Cinum*, & *Bartolum ad l. 1. C. de privil. dotis*, *Baldum Novellum de dote par. 12. num. 6. Neguzant.* aliosque sequutos *a Mantica de tacitis lib. 11. tit. 19. nu. 7. & a Barbosa ad l. post dotem n. 58. D. soluto matrim.* & in Foro à *Cartario decis. 124. num. 6. & a Rota Romana*, ut testatur *Merc. Merl. de pign. & hypoth. lib. 3. qu. 47. tit. 2. num. 18.*

12 Privilegium vero prælationis non ad alios, quam ad filios tantùm produci sinunt, quidquid *Faber* hic contendat, videre est apud *Barbosam ad l. 1. par. 6. num. 14. D. soluto matrimonio*, & *Manticam ubi supra nu. 26. Gaitum de credito cap. 4. n. 1589. Rotam apud Burattum decis. 639. num. 21. Gasparem Tesaurum quæst. 5. lib. 1.* qui & insuper monēt

13 hujusmodi filios, uti filios non uti hæredes matris prælationis privilegium obtinere, eodemque omnes eorum descendentes potiri, quod & *Gaitus*, & *Barbosa* fassi fuerant. Cæterùm hoc idē, & si non transeat, cedi tamen possent supra dictum est fatentur adhibita tamen distinctione inter cessionem factam ad commodum mulieris, & factam ad com-

 mo-

modum cessionarij juxta tradita à *Reg. de Marinis lib. 2. resolut. 19. à num. 13.*

14 Insuper & hoc idem prælationis privilegium, & Monasterium habere ex persona filij ingressi decidit *Rota Romana decis. 639.* quod & *Merlinus ubi supra num. 34.* approbavit, & alia ad rem non inutilia adduxit.



CAPVT XIV.

Recepta lectio defensa in §. 1. l. hinc quæritur 19. D. de peculio.

SVMMARIVM.

1 *Quid sibi in hoc capite Faber velit.*
2 *Explicatur textus in §. 1. l. hinc quæritur 19. D. de peculio.*
3 *Non poterat Vlpianus idem quod Marcellus admittere.*
4 *Reicitur Fabri oppositio.*
5 *Defenditur modus loquendi, qui in textu.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Pragmatici onera Realia ad maritum pertinere volunt.*
8 *Quid de decimis Ecclesiasticis, & quid de collectis.*
9 *In dubium revocatur communis traditio.*
10 *Si census ad formam bullæ à feudatario impositus, an cæteri hæredes contribuere debeant primo genito.*
11 *Tributa sequuntur possessores.*
12 *Etiam si aliud pactum conventumve fuerit.*
13 *An Fiscus integrum tributum plurium rerum exigat à possessore unius rei.*
14 *Quid de adoha imposita pro pluribus feudis, an possessor unius feudi ad integram solvendam adigi possit, quidam affirmant.*
15 *Firmatur sententia negativa.*
16 *Distinguenda onera ordinaria ab extraordinarijs.*

1 VErbosissimo hoc capite *Faber* in primis, quod dilucidè, & distinctè proposuerat *Vlp. ex Marcello in §. 1. l. hinc quæritur 19. D. de peculio* infarcit, & invertit, deindè disputationem trahit ad verba illa (*Sed in marito melius est dicere eum de peculio teneri,*) & sumpta occasione mordet *Tribonianum*, à quo vult Responso inserta. Sed hujus rei causa fuit, quod non bene quid *Vlpianus ex Marcello* voluerit, nec qua ratione voluerit, *Faber* percepit.

2 Itaque observandum primò, quod si adductum Responsum à *Triboniano* interpolatum fuisset, nec tam longam, nec in utramque partem agitatam quæstionem contineret, quoniam hujusmodi controversias *Tribonianus* superfluas existimare, ut qui Imperatoré agebat & resecare tribus verbis solet. Secundò observandum quoque quod si quæstio non obscura & anceps vel apud ipsos J.Consultos fuisset, utique *Vlpianus* dilucidè, & simplicitèr id quod ei videbatur more suo Respondisset. Tertiò denique observandum quod species de fructuario non ut eadem cum proposita de servo mariti, sed ut diversa in qua tamen dilucidiùs eadem quæstio tractari posset proposita est, neq; ad hoc ut idem in servo mariti, quod in fructuario diceretur, sed ut quid in quæstionem veniret quæque ratio dubitandi foret magis, ac magis elucesceret.

3 His positis videamus nunc an id ipsum quod *Marcellus*, & *Papinianus* in fructuario admiserunt, in marito admittere *Vlpianus* debuisset? nam ex hoc pendet textus intelligētia, & Fabrianæ coniecturæ confusio, & quidē admittere nequaquā debuisse aperta illa Ratio facit, quoniàm eo quod interim in servo mariti verū est, utrumq; peculium ejusdē viri esse nempè proprium, & dotale (ut optimè advertit *Accursius*) non erit adigendus is, qui contraxit intuitu utriusque peculij, tamquam unius patrimonij, actiones dividere, & proinde meliùs visum dicere maritum de peculio teneri simplicitèr; idest indistinctè, idest non adhibita disquisitione, an causa peculij uxoris, an verò mariti contractum fuerit, non admissa *Marcelli* distinctione, qua teneri in superfluum volebat eum, in cujus causam contractum non esset, quod sanè eum *Marcellus* in fructuarijs admisisset, & si in illis rectè admissum nō poterat ad præsentē quæstionem porrigi ab *Vlpiano* qui retulit dumtaxàt, ut explicaret magis implicitam quæstionem, sed non admisit. His positis constat primò in eo delusum *Fabrum*, quod crediderit ut scribit sub *num. 17.* in præsenti ab *Vlpiano* tractatam speciem, in qua ex alterutro peculio totum servari non possit; quod tamen falsum est, nam hic species à *Marcello* tractata relata est ab *Vlpiano* majoris explicationis gratia cum in servo hoc de quo in præsenti illud dumtaxàt disquitendum foret, an sepatanda peculia nec nè.

4 Constat secūdò nō obstare quæ *Faber* opponit ex sequentibus in quibus cum habeamus quod id quod præstitū est pro rata utroq; peculio, deeidet; verū non videtur quod maritū simplicitèr voluit J.C. teneri: nam Respondetur distinguendum esse eum eodem Juris Consulto, an creditor mariti fuerit qui agat, an vero maritus ipse: nam si de creditore tractetur, tunc verum indistinctè, & simplicitèr cum posse maritum convenire; at si maritus ad-

adversùs mulierem sit qui agat is quidem poterit dotis nomine deducere quod præstitit, sed inspecta causa, ut optimè *Vlpianus* concludit, inspecto.f. ad quorum peculium contractus pertineat, & si ad utrumque, pro rata, utrique peculio decedet, quod debitum est.

Constat tertiò, quod non eadem existente ratione fructuarij, quę mariti, non idē in uno, quod in altero dicendum fuerat, & cum æquū non esset ut maritus solidum præstaret deductum eum, quod in causa peculij dotalis
5 contractum fuit, idve proportione servata contractus. Cæterùm locutionem illam, *sed meliùs est dicere* familiarem Juris Conf. esse, & ab ipsis usurpatam legimus, non solum in *l. quamvis 6. de pign. act.* quam corruptam *Faber* vult *à Triboniano*, sed in *l. 61. de Judicijs* in *l. 6. de noxalibus* in *l. 27. §. si quis D. ad l. Aquiliam*, multisque alijs in locis à viro eruditissimo *Barnaba Brissonio lib. 11. de verborum significatione* indicatis. Sicut & illud *simpliciter de peculio teneri* significantissimè positum intelligimus apparet quoniam ex eo *Vlpianum* supra positas inspectiones, & distinctiones non admittere in marito, sed velle indistinctè eum teneri, & hanc quoque non novam Juris Consulti loquendi formulam, testantur Juris capita quæ idem *Brissonius lib. 17.* collegit.

6 Omissis igitur à *Fabro* in hac sua conjectura adversus literam tex. congestis planam, eam cum *Repetentibus* apertamque habentem rationem existimabimus post *Bartolum*, *Baldum*, & sequaces, & conclusionem illam ex ea deducemus, quod maritus de peculio servi dotalis semper tenebitur sivè peculium illud ad se, sivè ad uxorem pertineat, atque ità totam textus disputationem decisam ex illa clausula (*sed in marito meliùs est dicere*) affirmabimus qua totum Responsum J. Consultus concludere voluit, ut primus *Accursius*, & rectè docuit ad ver. *de peculio*.

7 Qui tamen ad ea solam quæ circa praxim versantur attendunt disputatione de peculio insupèr habita occasione hujus text. disquirere solent, an onera Rei dotalis ad maritum, an verò ad uxorem pertineant, & quidèm si onera realia fuerint frequentiùs receptum esse volunt, ad maritum ea pertinere, ut *Ferronus* testatur *ad consuet. Burdigalenses lib. 1. tit. 4.*

8 Ex his autem statuūt Nostri, quod onera realia rem ipsam sequuntur *l. distractis, l. pignoris, C. de pignorib. Alex. consil. 569. nu. 8.* ideòque non evitatur nisi ab eo, qui rem vult dimittere, *l. si usufructuarius paratus*, ubi *Bartolus*, & reliqui *D. de usufr.* alioquin semper cum te habebit (*l. cm. 2. de censibus l. via constitui §. quicunque D. de servit.* cum concordantibus apud *Cravettam cons. 112. n. 2.* id quod circa onera decimarum Canonistæ explicant, & admittunt ex *cap. de terris* ubi *Abbas de decimis cum Paris. cons. 6. num. 9. vol. 4.* unde poterit securè affirmari, quod rerum dotalium onus decimarum ad maritum potiùs, quàm ad uxorem pertineat, sicut & Collectarum onus, eo quod maritus rerum dotalium Dominus vulgò existimatur, & ad Dominos prædiorū illud pertineat nō ad Colonos, vel similes ut adnotavit *Ozasc. dec. 83.* hinc *Franchus dec. 107.* cōclusit nequaquā conductorum, sed locatorum decimarum, & collectarum onera esse, quod ex Doctorum traditione ad *l. 1. C. de an. tributis*, & ex *Bart. & Baldi* assertione ad *l. 1. C. de Agricolis, & censit.* confirmat *Luca in observat.* qui & addit si quid cōductor, aut colonus etiam si partitiarius solverit, detractum eum ex fructibus Domino præstandis (*Ancerius 3. par. variarum cap. 7.* nisi onus earum collectarum sit, ad quas conductores quoque aliquando teneri voluit, *Sperellus decis. 41.*

9 Sed quamvis hæc, & alia rectè dicta quibusdam videantur ego tamen facilè posse in dubiū revocari existimarē, tùm ex tex. in *l. Lucius Titius 21. §. idem Respondit constante D. ad Municipale*, tùm ex *l. sine hæredem 22. §. Lucius D. de admin. tut.* nam & hic cum dicat *Modest.* consuetudine introduci posse, ut Dominī teneantur non conductores, non obscurè innuit aliàs citra consuetudinem conductores, teneri ut fatetur *Jason cōs. 109. lib. 1.* & quamquam ad hunc *Modestini* locum Respondeat *Cujacius lib. 6. Respons. Modest.* itemque *Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis 2. par. n. 72. vers. octavo*, adhùc in omni casu decimas, à collectis separandas existimo, & ad decimas quę sunt onus fructuum teneri Colonum dicā ob tex. *in cap. tua nobis de decimis*, ubi *Panormit.* & post *Fuscum concl. 61. & Carocium de locato 4. par. tit. de collectis num. 19.*

10 His adde, quod quamvis verum, quòd onera realia rem sequantur, attamen si census imponatur ad formam bullæ super re feudali teneri ad illius solutionem non primogenitum solùm, ad quem feudum pervenit, sed & cohæredes in burgensaticis decisum fuisse, noster *de Franchis* testatur *decis. 159.* cui quo concordant adducti ab *Amendola*, alijsque Addentibus, contrarium licet visum fuerit *Molfesio par. 2. de bonis quæst. 12. nu. 8.* post dē *Curt. in diversorio a num. 18. & Cons. Hodierna contr. 47. num. 10.* idve admissum in foro testetur *Regens Reverter. decis. 144.* attamen *Franci decis.* tam benè munierat *Reg. Galeota lib. 2. contr. 22. & Episc. D. Gaet. de Afflict. in addit. ad contr. 41. num. 55.* ut nonnisi temerè ab ea discedi posse ideoque passim in praxim receptam *Regens de. Marinis* nos monet *lib. 2. res. 162.* & apud hos cui onus annuorum

introitunm super bonis in materia Neapolitanæ Consuetudinis iniungatur, invenies *lib.1.cap.325.*

11 Cæterùm si de tributorum onere quæratur, illud primo certum est, ea esse onera prædiorum, non personarum, & proindè possessores sequi *l.3. C.sine censu l.si debitor 12. C.de distract.pign.l.1.& l.2. C.de annonis, & tributis lib.10.* de quorum Jurium, & aliarū ad materiā explicatione videas tùm *Lucam, Plateam, Rebuffum, Valenzuolam, & Novarium*, tum & eruditissimum *Amayam*, & videas quoq; ex *Pragmaticis de Leon.decis. Valent. 1. num. 1. & Afflictum decis.95.*

12 Secundò & illud quoque adnotandum Regulam supradictam adeò veram quidam putasse, ut contenderint non posse novum possessorem paeisci cum vetere, neque emptorem cum venditore, ut ad ipsius onus remaneat tributorum solutio, etiam proportione præteriti temporis, aut saltèm hujusmodi conventiones fisco præjudicium non inferre: adeòque etiam post illas in electione fisci esse quem velit convenire, ut latè disputat idem *Amaya* ubi suprà adductus, expensis Juribus, quæ ad rem faciant.

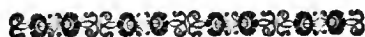
13 Sed in his quæri potest, an sicut in electione fisci est, vel eum, qui tributa debuit, quoniam prædia possedit, ejusve hæredes, vel eum, ad quem prædia postmodum pervenère pro tributis antiquis convenire, ità & in electione ipsius sità quo velit ex pluribus possessoribus prædiorum concessorum, integrum vectigal exigere, aut tributum; & diversitas hujus casus a priore in eo est, quòd in superiori is, qui convenitur, supponitur, aut possidere actu, aut possedisse de præterito; in hoc secundo supponitur conventum partem dumtaxat possedisse, atque actu possidere, cū reliquam partem nunquam possederit, & quo ad illam possessor neq; fuerit, neq; sit, & exemplis res patefcat; finge Principem aliqua predia sub tributo cuiquā assignasse, finge post plures annos eadem ad plures distributivè pervenra, quæritur, an ab uno exigere omniū prædiorum integrum tributum fiscus possit; nec cogatur pro prædiorum, & possessorum numero illud in partes dividere? Et quidem si in privato essemus, & ab hoc proponerentur concessa in emphyteusim sub annno Canone ducatorum centum, ex.gr. prædia decem Titio, & cū unum, aut duo ex his prædijs penès Mævium mortuo Titio reliqua penès Sempronium reperirentur: si quæratur an integra centum à Mævio Dominus possit exigere, an verò dumtaxàt pro portione duorum prædiorum solùm viginta; Responderemus, quòd si Mævius hic neque hæres Tirij, neque bonorum possessor fuerit; adeòque hypothecata ex conventione sua, aut prædecessoris bona propria Domino nō fecit; quoniàm tenetur tantummodò ob prædiorum possessionē, videtur nonnisi ad ratā pro portione duorum prædiorum adigi posse solvendam; nam in hac materia de Censibus, ità *Didacus Covarr.* firmat *variarum 3.cap.7.* cui, quia *num.7.* rem totam rectè perpendisse, & observasse ostendit, potiùs quàm alijs credēdum est. In fisco verò, an idem respondendum sit, valdè dubito, non tam ex juris communis dispositione, quàm ex privilegijs, & prærogativis, quibus sive jure, sive injuria fiscales utuntur.

14 Certè cum apud Nos in Regno feudatarij omnes ob eis cōcessa feuda adoham in vicem servitij præstare teneantur; Si quæratur, an integram adoham uni impositam militi in concessione plurimorum feudorum solvere postea debeat is ad quem tandem unum, aut alterum ex illis pluribus feudis concessis pervenit, unumque eorum possidere repertus sit; Non desunt qui affirment, atque id fisco licere probent ex *l. cum possessor unus D. de censibus*, in qua *Papinianus* unum possessorem jure conventum tributa exsolvisse etiam pro his, qui æquè prædia tenebant proponit; nec non ità sentiisse referunt *Peregr. in suo tract. de jure fisci, & Antonium Perezium in comment.ad Codicem*, aliosque, & si contrarium alij existiment, habeantque pro se *Capanum in tract. de jure adhoa qu.23.a num.4.* qui & si nullam pro se juris Rationem, nullumque juris locum indicet, refert tamen ità pluriès decisum in Regia Camera Regni hujus Neapolitani, quod non parùm momenti est.

15 Unde cum existimarem hanc secundam sententiā veriorē esse, cogitare cœpi de ea firmāda ex juris nostri Respōsis, & occurrère præcipuè tria jura quibus firmari possit unū in *l. Moschis D.de jure fisci*, alrerum verò in *l.1.* & deniq; tertium in *l.2. C.de annonis, & tributis*, in quibus apertis verbis à J. Consf.Responsum, & ab Imp. rescriptum extat, quod onera, quæ ut diximus, realia sunt, ut adhoæ onus est à possessoribus pro rebus possessis habita pro portione solvantur, & ut discussio admittatur, & ut possidentes conveniantur, id quod, & alia juris loca exprimunt ab *Accursio, & Gothofredo* indicata. Unde tum Ecloga sive Synopsis, tū libri *Basilicorū tit.8. c.3.* habēt tributa *publica non personis, sed rebus indicuntur: operamque dare Præsidem Provincia convenit ne quisque eorum nomine, quæ non possidet conferat.* Nec in contrarium facit *d.l.cum possessor de censibus*: Siquidèm supposito, quod Adoha esset, æquiparanda tributis, ut idem *Capanus* supponit *quæst.28 nu.5.* (quanquam id non undequaque, & in omnibus verum) utcumque ponendum erit in *Papin.* specie quod solutum fuerat a possessore spon-

sponte fuisse etiam pro ea parte, quam alij solvere debebant, sed cum post solutionem desideraßet cessionem Jurium sibi à Fisco fieri, eiq; opponeretur quod debitori cessio non est facienda: quia revera debitor non erat illarum portionum, quas alij possessores debebant, visum est J.C. cessionem iustè desiderare eique tanquam illorum nominum emptori faciendam, ut beoè *Accursius* explicavit.

16 Deoique cum de oneribus tractatur, eorumque solutione, certum est esse distinguendum intet realia, & personalia, ac etiam inter ordinaria, & extraordinaria iuxta doctrinā *Ozasche dec.95.n.43. Raudensis de Analogis c.40.n.37.* & *Felin.cons.46.n.7.* & 8. quanquàm ea, quæ à Principe imponuntur, licet extraordinaria sint, quando tamen pro utilitate, & necessitate Reipublicæ impoountur, ordioarijs, & merè realibus æquiparari, dixerit idem *Ozaschus* ubi suprà n.44.



CAPUT XV.

Cur nominis pignus ipso jure non valeat.

SUMMARIUM.

1 *Qua ratione nominis pignus directò non valeat non'dum constat apud Interpretes.*
2 *Fabri ratio.*
3 *Reicitur.*
4 *Vera, & idonea affertur.*
5 *Quid Repetentes quidve Pragmatici.*
6 *Hi valere supponunt pignus nominis directò.*
7 *Et causam sive rationem assignant, eamque duplicem.*
8 *Sed utraque non vera est.*
9 *Debitor nominis oppignorati non obstante oppignoratione poterit Creditori suo solvere quod debet.*
10 *Etiam nomina futura debitorum, veniunt sub hypotheca generali in sent.prag.*
11 *Sed plerique, & melius id negant.*

1 VVlgatissimum quidèm est apud omnes Juris Interpretes, quod stricto jure pignus nomiois debiroris nequaquam consistit, sed utiliratis causa receptum est, ut substineatur, ac etiam ut oomina in obligatione generali veoiant sub hypotheca, quod Rescribût Imperatores in *l.nomen 4.C.qua res pign.* sed qua ratione utilitatis causa id fuerit receptum, stricto jure obstante, non constat apud Interpretes; hinc *Faber* sub-
2 tilem agens novam hujus rei ratiooem proponit, oempè illam, quod si nomen debitoris pignori dari posset, esset in arbitrium ejusdem, qui dedit, nominis dati pignus pro arbitrio dissolvere, & hypothecariam perimere absq; eo quod pignoris causa solutum, aut aliter satisfactum fuerit; posset enim, non obstāte oppignoratione is ab eo, cujus nomen pignoravit exigere, atque facere ut, liberationem consequeretur.

3 Verùm enimverò *Fabriana* hæc ratio insulsa, videri potest. Primò eo quod si non aliud impedit, quin pignus directò valeat, quàm facultas exigendi, & facultas solvendi, quæ remanet tùm ipsi nomini pignorato tum pignorāti: in promptu remedium fuerat in eadē *l.4.C.qua res pign.* propositum ne ita eveniret; nempè certioratio eius, cujus nomen in pignus datum fuit, hoc autem facto quia scienti se in pignus datum facultas adempta solvendi, directò pignus valere debuisset, nulloque Prætoris auxilio indigere, quod si ita esse dicas, non debuit absolutè dici stricto jure uon valere pignus nominis sed noo valere nominis ignorantis, & quousque certior non fiat oppignorationis, sed si ita nō est, ergo non quia remanet facultas exigendi, & solvendi, directo pignus non valet, nam & hac adempta non valet, sed aliam ob causam.

4 Secundò ideo parum idonea *Fabri* ratio & reicienda, quia vera statim in prōptu est, nempè illa quòd cum obligatio in persona ejus, qui dat in pignus coosistat, nam ei à oomine pignorato debetur, non potest hæc obligatio à persona ipsius discedere, & in personam Creditoris traosire, cum quo is, cujus nomen pignori datur, nullum negotium gessit, ut alij ante nos advertère. Et quidem ab hac vera ratio commentitia *Fabri* destituitur. Nàm non ideò pignus non consistit; quia esset in arbitrium debitoris id dissolvere, sed potiùs vice versa Ideò est in arbitrium dissolvere quia noo coosistit: nam alioquin eo consistente, quæreretur actio hypothecaria Creditori adversus eum cujus nomen oppignoratum est, & ea quæsita nequaquam amplius foret in arbitrium debitoris dissolvere.

Porrò prædicta destruent, & alteram illam rationem æquè futilem, quod ideo pignus directo non valeat quia ex hoc fieret ut debitor, cujus nomen hypothecatum fuit solvere suo Creditori nō possit, & liberatiooem coosequi, & si solvat cui debet; nam respondemus oon esse alicuius momenti hanc rationē; nam sequeretꝰ ut nec vendi nomina nec cedi possent, & tñ sufficit debitori quod deterius non fiat ejus conditio, quę certè non fit, cum parū intersit, ao uni an alij debeat dummodò idem debeat. Cæterùm postquam certioratus de oppignoratione fuerit factus potuisset

set pignus directò valere, quia habiturus cui solveret.

5 His autem qui dicta sunt concordantia, *Repetentes*, & *Pragmatici* tradunt communitèr, admittentes nomen debitoris à Creditore in pignus dari posse, & in generali obligatione bonorum venire id quod tùm in citata *l.nomen* 4. *C. qui res pignori*, tùm etiam in *l.si convenerit* 18. *de pigneratitia actione*, & in *l.grege* 13. §. *cum pignori de pignoribus*, & similibus juris locis satis expressum existimant cũ *Gl. Azone, Bartolo, & Baldo, Salyceto*, & sequacibus in *l.* 3. *verbo postulas C. de hered. act. Alciato, & Rebuffo in l.bonorum* 40. *nu.* 8. *de verbor.Suar.recept. sent.in ver. bona Gratiano cap.* 748. *n.* 27. *Cartario dec.Gen.* 19. *nu.* 5. *Cacher.dec.* 62. *n.* 3 *Gaito de credito c.* 4. *q.* 7. *n.* 326. *Rota apud Burattum dec.* 687. alijsque innumeris, cum quibus *Merlin.de pignorib. lib.* 2. *tit.* 1. *q.* 29.

6 In eo tamèn discedunt à Neotericis, & à *Fabro Pragmatici*, quod illi supponunt, quod nominis oppignoratio directò non valeat, ideòque disquirunt qua de causa non valeat isti insupèr habita hac observatione, quæ ab intima Juris prudentia est, ad praxim atreodentes ita passim recepiuot, & different, ut eam valere supponant, & directo, & indistinctè; unde quæruot potins qua de causa valeat, supponentes tanquàm certam validitatem, & dicunt du-

7 plici ex causa id evenire. Primò quia pecunia venit sub hypotheca noo minùs quàm res aliæ *l.idemque* 7. *in fine D. qui pot. l. si fundus* 16. §. *in vendicatione D.de pignorib. Surdus conf.* 4. *n.* 25. *Rota dec.* 681. *n.* 9. *p.* 1. *in recentioribus*, & pecunia est, quæ à debitore debetur. Secundò quia appellationem bonorum veniunt nomina debitorum *l.bonorum* 49. *D.de verbor.signific.Bald. Archidiac. Menochius, Guidon Papa*. & alij penès *Merlinum* ubi suprà *n.* 9. & 10. qui omoes pro validitate duas hujusmodi assignant rationes.

8 Verùm enimverò parùm tutæ, nè dicam, insulsæ illæ esse mihi videntur; oàm dato quod assumunt *Pragmat.* ut certum, quod tamèn in jure falsum est, pignoratiooem nominis directò valere: id noo ex eo eveniret, si eveniret, quia pecunia venit sub hyporheca; nàm pecunia, quæ mutuò data est, quæve est in nominibus, & idcircò debita, ca in dominio non est Creditoris, sed debitoris, scilicet eios, qui eã debet & hoc sive de ipsissimis pecuniarum corporibus mutuò datis loquamur; nàm illa alienari, cum mutuo dantur, verius est, ut viri doctissimi, & præcipuè *Carolus Hannibal Fabrotus* adversùs *Salmasium* satis notum fecère; sive de ea pecunia, quam tandèm Creditori suo debitor soluturus erit, ut vel vulgares Interpretes fatentur.

Et rursùs quod appellatione bonorum veniant debitorum nomina, parùm id stringit; nàm non ideò sequitur ex hoc debere sub hypotheca venire: Sunt enim & quædam, quæ non solũ veniunt sub appellatione bonorum, sed bona propriè, & rigorosè sunt, & tamèn sub hypotheca non veniunt, ex vulgata *l.in obligatione generali D. de pignoribus*.

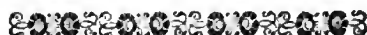
9 Illud vero quod ratio *Fabriana* continet; quod esset in arbitrio debitoris pignus extinguere, exigendo à nomine in pignus dato pecuniam debitam *Pragmatici* Nostri & si non asseverent, admittunt tamèn, dum fateotur, non obstante oppignoratione posse debitorem pignoratum debitori pignorãti solvere, quia eius immediatè debitor est *Negusan.de pign.par.* 2. *memb.* 2. *n.* 23. *Ciriacus contr.* 440. *n.* 76. *Rota Romana dec.* 595. *nu.* 4. *p.* 2. *recent.* et 681. *n.* 1. *p.* 1. & 425. *nu.* 7. *p.* 2. & 5. Nisi tamèn mala fides, aut dolus intervenisset, ut advertit *Seraphinus dec.* 311. *nu.* 3. & *Rota* penès *Merlinum* loco citato *n.* 45.

20 Præterea illud quoq; adnotandum est, adeò mordicus tenere *Pragmaticos* quod nominis oppignoratio valida sit, ut tum nomina præsentia, tum futura in generali obligatione sub hypotheca venire contendant, ut ex *Baldo in l.hac edictali* 6. §. *in omnibus C. de secundis nuptijs* asserunt *Surdus conf.* 4. *n.* 22 *Negusant.p.* 2. *membro* 4. *n.* 165. *Pacificus de Salviano interdicto c.* 2. *n.* 197. *Ciriacus contr.* 238. *n.* 6. *Preta conf.* 72. *num.* 27. *Menoch. conf.* 388. *n.* 38. *Rota dec.* 174. *n* 8. *p.* 6. *in recent.* & alij passim.

22 Sed quanquàm ita, magis communitèr attamèn idem *Baldus in l.heredem* 3. *C. de hered.act.n.* 3. reclamat, & ex *l.heredem* 14. *D. mandati*, & *l.ea verò* 3. *D. pro socio* negat nomina futura sub hypotheca generali veo ire, sicut neq; in societate veniunt neq; in emptorem hæreditatis transeuot. Et forsàn huius modi *Baldi* animadversio verior recepta sententia est; nàm quod replicant *Pragmatici* aliud esse in obligationibus, & cootractibus, ubi de translatione, & alienatione agitur, quæ magni censentur præjudicij, aliud in simplici hypotheca generali, quæ utique levis est momenti ineptè ad præsentem quæstionem adducitur; quippe non multum, aut parùm præjudicij, sicut nec si magna, aut parva quantitas debita sit jura attenduot, sed inspiciunt, an sit aliquod in quo pignus cõsistere possit, hoc autem in nomine adesse, cum de nomine futuro agitur nõ possit, in eo pignus nõ consistet, oon.n.in eo pigous retrotrahi eo modo quo retrotrahitur in alijs bonis posteà qsitis potest; & ratio diversitatis est, quod bona quãdocunq; tandèm quæsita, in dominium debitoris oppignorantis demum perveniunt: at nomen non per-

ve-

venit; quoniàm pecunia debita non in dominio eius, cui debetur, sed in dominio est eius, qui eam debet, ut suprà dicebamus.



CAPVT XVI.

Cur Prætor hujusmodi nominis oppignorationem tueatur, & quomodò.

SVMMARIVM.

1 *Ratio qua Prætorem movit ad succurrendum aperta.*
2 *Sed modus succurrendi obscurus, Faber aperit.*
3 *Sed non omninò rectè.*
4 *Quomodo Prætor tueatur Creditorem in exactione, Glossa & Cuiacij sententia.*
5 *Sententia Fabri.*
6 *Reicitur opinio Cuiacij.*
7 *Respond. ad l.20.D.de pignoribus.*
8 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
9 *Creditor cui in pignus nomen datum est, nomine distracto aget etiam contra tertium.*
10 *Nisi ab hoc jam exactum fuerit.*
11 *Contra nomen pignoratum hypothecariam concedunt nostri, & actionem personalem.*
12 *Quando hypothecaria locus.*

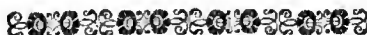
1 SEd Ratio quare Prætor pignus nominis tueatur, non obscura est. Quis enim nò videt, contrahentium utilitatem, & promiscui commercij usum: ut & pleraque alia hoc etiam expostulasse, aequitatem, & naturalem prætoriamque æquitatem id exegisse. Il-
2 lud potius in difficili est, quomodò Prætor hujusmodi oppignorationem tueatur? & *Faber* ait, data exceptione doli, & exceptione pacti Prætorem hojusmodi conventionem
3 tueri, quod verum de prima, at de secunda non item, etenim verum, quod exceptione opposita posset se tueri is, Cujus nomen in pignus datum fuit, ne à suo primo Creditore conveniatur: at falsum in hujusmodi specie exceptionis, aut replicationis pacti osum aliquem esse, nam quis de pacto excipiet? debitor? nè is non poterit adversus Creditorem suum; qui non cum ipso, sed cum proprio Creditore pactus fuit; Creditor nè, cui nomen oppignoratum ne ille quidem nam quò fine? ut se tueatur adversùs debitorem oppignorantem? & in quo ab hoc se tueri oportebit, ne exigat postquam pignoravit? Sed ad hoc non exceptione, aut replicatione, sed inhibitione, sed denunciatione opus est: igitur cum *Paulo* concludendum in *l. si convenerit* 18. *D. de pign. act.* Prætorem tueri debitorem, ipsum oppignoratũ ut possit doli excipere, tueri, & Creditorem non in excipiendo, sed in exigenda pecunia.

4 At quomodò hunc in exactione tueatur iterum quæri solet, & sunt qui Respondeant cum *Gl. in d. l. si convenerit* id facere data utili actione personali, alij verò post *Cuiacium lib. 29. Pauli ad edictum* ex *d. l. si convenerit*, dicunt quinimmò hypothecaria præstita.
5 sed *Faber hic num.* 3. Cum quæ sit vera
6 ignoret, utramque admittit sententiam. Dicerem pace *Jacobi Cuiacij*, in proposito non posse hypothecariam competere nisi nomen pignoratum sub hypotheca, & ipse pignoranti deberet, & de hac hypotheca sermo sit, aliàs cum hypothecaria non aliud agar quam rem hypothecatam persequi, nomen in specie de qua agimus non persequendũ, sed exigendũ à Creditore foret cui datum in pignus, nam si persequendom quid esset; bona ipsius nominis persequẽda essẽt, si tñ hypothecę subiecta: si non subiecta, pro exactione agens creditor personali actione utetur, ut dictũ est.
7 Scio in *l. 20. D. de pign.* qua movebatur *Cujacius* scriptum esse jure pignoris ex conventione Creditorem agere posse, sed illud *jure pignoris* explicandum erit (*ob pignus contractum*) sive *pignoris contractis causa*, nam non aget jure pignoris hypothecaria, sed per pignus, & illius causa personali actione aget Creditor, ut suprà.
8 Sed Fabrianarum assertionum primã quod Prætor hypothecariam, & personalem actionem accommodabit jam admisère *Repetentes* post *Bart. ad l. grege §. cum pignort D. de pignor. & Salyc. in l. si nomen 4. C. quæ res pign.* Secundam verò quod Prætor hanc oppignorationem nominum tueatur utilitatis causa, & promiscui usus proposita doli exceptione *Pragmatici* non admitterent, nam cui nomen in pignus datum est actionem accommodât, & volunt uti ea posse adversus nomen, etiàm non excusso principali debitore post *Surdum consf. 4. n. 32. Caroccium de excussione p. 2. qu. 7. in fine, Ciriacum contr.* 338. *n. 9. Merlinum supracitatum à num.* 25.
9 Quinimmò addunt etiam distracto à Creditore pignorante nomine in pignus dato durare adhùc super illo cõtractam hypothecam: ideoque eum, qui acceperat in pignus agere posse, contra tertium. *Cyriacus loco cit. n. 16. Ozaschus dec.* 156. *n. 1. Pacificus de Salviano insp. 3. cap. 2. n.* 198. & 201. nisi jam ei,
10 in quem distractum nomen fuerat debitor cessus solvisset: tunc enim aliud dicendum esse e *Merlinus num.* 44. monuit; quoniam nomen ob exactionem sequutam extinctum est.

11 Rur-

11 Rursùs, & contrà bona nominis oppignorati actionem hypothecariam Creditori concedunt ijdem *Pragm.* pôst *Negnzant. de pign. par.2.membro 3.n.9.Rotam dec.760.n.1.par.2. in recent.Gaitñ de credito in appendice ad c.4. num.* 136. itemque & personalem, saltèm utilem, ut latè ostendit *Merlinus cit lib.2.tit.5. q.*30. à quo plura ad rem peti possunt.

12 Quæ tamen de hypothecaria asserunt velim intelligas locum habere si nomen sub hypotheca debebat, ut suprà explicavimus.



CAPVT XVII.

De differentijs inter nominis pignus, judiciale, & conventionale, defenditur tex.in §.si rerum l. à Divo Pio D. de re jud.

SVMMARIVM.

1 *Differentiam quā inter pignus conventionale, & judiciale vulgò tradidère Interpretes.*
2 *Defenditur adversus Fabrum §. si rerum l. à Divo Pio.*
3 *Sciunt allatas differentias inter pignora Pragmatici.*
4 *Controversia orta post dationem insolutum pignoris Summariè decidenda.*
5 *Sententia in supradicto judicio summario non prejudicat in ordinario.*
6 *De tertio contradictore post latam sententiam.*
7 *Hæc exequitur præstita cautione respectu prætensorum per hunc tertium.*

1 Quæ in proclivi sunt apud *Interpretes* differentiæ intèr pignus conventionale, & judiciale quod cum prætorio plerique confundunt, alij rectius ab illo separant, insimul congessit *Negnzan.3.p. mèbro 2. & membro 3.* sicut, & in proclivi quoque sunt inter pignus nominis conventionale, & judiciale; quæ à prioribus descendunt; hinc *Faber* qui eas desumptas ab Interpretum Commentarijs hic proposuit, neq; laude neque reprehensione foret dignus, nisi sub *num.9.* in familiarem morbum incidisset corrumpendi Juris Responsa, & non corrupisset, & reprehendisset §. *si reus l. à Divo Pio D.de re judicata* causatus *à Triboniano corruptum.*

2 Et revera si quis pensitet singula verba prædicti §.*si rerum*, nil in eo inveniet, quod *Tribonianum* magis, quàm *Vlpianum* sapiat, & postrema illa à *Fabro* notata. *Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, & capi aliud si quod est sine controversia*, nequaquam antecedentibus adversantur cum aptissimè illis conveniant, nam dictum quidem erat: eos, qui rem judicatam exequuntur, posse de proprietate cognoscere, sed dictum quoque ita ipsis licere ex *Imperatoris Constit.* nam hac ut id facere possent, opus fuit. Rursùs adiectum, summatim debere cognoscere, & sententias eorum non posse debitori præjudicare. ex his autem cum satis ostensum quàm difficilè ad hujusmodi cognitionem deveniendum, congruenter aditum fuit; tùnc deveniendum, cum non aliud pignus sit, quod capi possit; Neque *Vlpianus* restringit *Imperatoris* Rescriptum, sed explicat quod dictum est à principio ab ipsomet *Vlp.* scil. *Imper.* rescripsisse *cognoscere debere.* id verò non captare *Faber* debuit; sed ex infrascriptis suo modo intelligere, executoré cognoscere posse, sed summariè; nā quis credat quod si *Imper.* indistinctè constituisset debere cognoscere, *Vlpianus* adijcere summatim de suo voluerit? Cæterùm ex integro hoc tex. nemo non videt Imperatorem, qui cognitioné executoribus permisit, eatenus permisisse quatenus necessitas ad cognoscendum compelleret; ideoque si res alia absque controversia capi in pignus possit nequaquam deveniendum ad hujusmodi cognitionem voluisse.

3 Sed cum vulgò omnes distinguant intèr pignus conventionale, & judiciale, sivè prætorium, & in multis differre post *Negnzantiū supracitatum* fateantur, convenire etiam in plerisque contendam cum *Mercuriali Merlino lib.1.de pignor.tit.3.q.27.* jam ea omnia, quæ à *Fabro* hic allata sunt, notissima esse *Interpretibus*, & *Pragmaticis* nemo non videt.

4 Ad hæc ex tex.in *l.à Divo Pio 15.§.si rerum D.de re judic.* eliciunt quoque Nostri quod controversia post pignus in solutum datum orta summariè discutienda erit, & quod
5 pronunciatio in causa summaria facta non præjudicat causæ principali, quod *Cinus, Salycetus, & Castrensis* adnotaverunt ad *l.9. de iudic.* cujus occasione primò *Jason* hic, deinde *Gaill.lib.1.obser.70.n.4.& obser.69. & obser.*
6 *122.n.1. & 7.* tractatunt, utrum tertius cōtradictor, qui in judicio non fuit auditus, possit exequutionem latæ sententiæ impedire, movendo quæstioné de proprietate, & in hac re & si pleriq; ex sequentibus DD. variè explicēt quid dicendum fuerit præsertim, si hic tertius pro suo interesse à lata sententia appellaverit, ut videre est apud *Afflictum decis.235. Cavalc.dec.10. Ludovicum dec. Perusina 26. Cacher. dec. 38. Fabrum in Codice tit. de* con-

*confessis defin.*30. *& Riccium collect.*1354.frequentiùs tamen, in praxi receptum illud est, ut præstita cautione etiam respectu prætensorum per hunc tertium comparentem, sententia exequutioni demandetur, ut testâtur. *Præses de Franchis dec.*289.*n.*2.& ibi Addentes & *Galluppus in praxi p.*3.*c.*3.*n.*39.

CAPUT XVIII.

Defenditur tex. in vers. melius,&c. l. quamvis 6. de pignoratitia actione.

SUMMARIUM.

1 *Regula, quod non cogatur Creditor pignus vendere.*
2 *Exceptio, nisi subsit justa causa.*
3 *Hæc exceptio generalis est.*
4 *Subest causa cum multo plus venire hodie pignus possit.*
5 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
6 *Ipsi exceptionem producunt ad similia.*
7 *Quando liceat Creditori rem oppignoratam vendere.*

1 Quod ait *Vlpianus in §.quod si res citatæ l. a Divo Pio* 15.*D.de re judicata quamquã non cogatur Creditor rem, quam pignori acceperit, distrahere tamen in judicati exequutionem servatur, ut si emptorem inveniret res, quæ capta est, qui demisso priori Creditore superfluũ solvere sit paratus admittenda sit hujus quoque rei distractio.* Probat quidem Regulam esse in
2 pignore conventionali, quod non cogitur Creditor rem vendere, at non etiam exceptionem ab hujusmodi Regula excludit; ideòque ex *Pomponio*, qui eam ex Attilicino proposuit in *l.quamvis 6.D.de pign. act.* affertur *nisi iusta causa vẽdendi subsit*: hæc autẽ excep-
3 tio cum generaliter velit ex causa cogendum esse Creditorem ad vendendum, comprehendat proinde plures casus, in quibus causa hæc subesse possit,nullo pacto restringi debet ad illum unum in principio *l.propositum.* Cum scil. convenisset,ut liceret creditori pignus distrahere, & hinc non audiendus *Faber* in hoc capite, sub *num.*2. sed potius dicendum quod & si Regula inspecta cogendus non esset creditor pignus vendere, aut emptori tradere: attamen si justa subesset causa, cogẽdus erit;hæc autem justa causa nõ solũ ex pacto adiecto nascitur, sed ex epichesa,
4 quæ maximam in se contineat æquitatem, quid enim si multò minùs sit quod debeatur, at hodiè pluris venire possit pignus, quàm postea? quis non dicet optima provisione, conclusum esse cogendum Creditorem ad vẽdendum, aut ad tradendum; accepta tamẽ pro indemnitate sui crediti cautione;optima sanè provisio, sivè Juris Consulti, sivè *Triboniani* ea fuerit; nàm & rationem habet, & æquitatem præsefert: nec nisi ab eo repræhẽdenda,qui ratione careat,& æquitate.

Cæterũ ego provisionem ipsam J. Consulti fuisse non dubito, quanquàm fortasse *Tribonianeis* verbis expressam, sive quia J. Consultus longiùs disputationem produxerat, & ad alia quæ *Tribonianus* resecare voluit, veluti non ad hanc rem pertinentia, sive quia aliud quam cæteris *Vlpian.*placeitum, unde cũ eum illis in concordiam redigere visum est. certè similem sententiam invenies apud *Marcianum in l.sicut re §. tutiùs D. quibus modis pign.vel.hyp. solvitur* apud quẽ etiam cautionis securitas proposita, ut intelligamus hujusmodi de cautione provisiones Juris Consultorum esse, quorum præcipuum officium, cavere erat: rursus est similis sententia apud *Paulum* 2.*sent.tit.*13. *de leg.commiss.* §.*debitor* Ex cujus verbis satis intelligimus nõ novum, Juris Consultis cautionem injungere. Sed cum cætera de hac *l. quamvis dicemus*, Deo dante in *defensarum sententiarum Decade* 1. *cap.*4. nũc quid sibi velint.

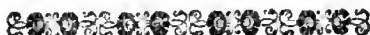
5 *Repetentes*, & *Pragmatici* audiamus: & hi quidquid sit de *Fabrianis coniecturis*, in eo concordant omnes, quod primus creditor,in cujus posse pignus est, non possit à secundo compelli, ut vendat, adnutavit *Jason in l.a Divo Pio* §. *quod si res D.de re judicata*,& *Alexander* ex quibus & alijs *Merl.de pignor. lib.*4.*tit.*3.*q.*96.*n.*3.

Verùm ab hac Regula recedendum esse, post *Vlpianum* ijdem asserũt cum pignus multò pluris debito valeat,& pluris eo quod debetur primo creditori nunc vendi possit:hoc enim casu cogendum,non quidẽm vendere; sed accepta cautione, ostendere ad vendendum, *Bartolus*, *Baldus*, alijque ad citatam *l. a Divo Pio* scripsère, & ad *l.quamvis convenerit* 6.*de pign.act.* quibus assentitur *Heyginis Miscellan.quæst.par.*2.*c.*6.

6 Sed & si hoc utilitatis, vel, ut nostri dicunt, favoris causa adversùs Juris Regulam, receptum sit, non ideo recusant *Pragmatici*, & ad alia producere,quoniam id favorabile esse dicunt,& in pluribus admittendum post *Baldũ* ad hanc *l.quãvis*,& post *Turrettum de cl.eodem ill.q.*78. *effectu* 50. *Sarainam ad Constit.Regni*, & similes.

7 Porrò ex eo quod dici solet cogi quidẽ Creditorem ad patiendam pignoris distractionem, at ad vendendum non cogi, solent prolixiori disputatione inquirere, quando

Creditori pignus vendere liceat, & quid si ex pacto ei concedatur, vel denegetur, ut videre est apud *Merlin.lib.4.tit.3.q.95.*



CAPVT XIX.

De acquisitione legatorum ignoranti, retinetur recepta lectio in l.filiusfamilias 16. D. qui testamenta facere possunt.

SVMMARIVM.

1 *Legati dominium transire recta via in legatarium ideoque acquiri ignoranti, credit Faber.*
2 *Probatur secundum verum non esse.*
3 *Occurritur Fabro.*
4 *Explicantur jura in contrarium adducta.*
5 *Etiam dato quod acquireretur potest recepta lectio retineri.*
6 *De Fabri emendatione.*
7 *Quid Repetentes in proposito.*
8 *Pragmatici idem sentiunt quod Faber.*
9 *Etiam in legato in diem.*
10 *Sed volunt aditam fuisse hæreditatem.*
11 *Hæc quæstio de transmissione fieri potest in legatis pijs non in conditionalibus.*
12 *Quid in dotis legato.*

1 EX eo quod legati dominium à die mortis testatoris legatario acquiratur ignoranti illud etiam acquiri, infert *Faber*, & ex hoc emendandam esse clamat *Marcelli* notam in *l.filiusfamilias 6.D.qui testam.fac.poss.* & ab ea illis verbis *personales actiones* dispunctis *tales actiones* vice earum reponendum.

Sed receptam lectionem defendit quod & si prorsùs falsa sit sententia docens quod dominium rei legatæ ignoranti acquiratur, adhùc dato quod vera foret recepta lectio commodum sensum habere potest.

2 Et quoad primum ex eo probatur legatum ignoranti non acquiri quoniam, & si in plerisque Juris nostri partibus scriptum sit, legatum recta via in dominiũ legatarij transire scriptú quoq; est id non alitèr verum quam si, hæreditas ab hærede adita fuerit *l.si tibi homo 84.§.cum servus D.de leg.primo*, & legatũ ab ipso legatario agnitum *l.nihil 12.* in principio *l.penultima §.ultimo D.de inoff. testam.* nam voluntate legatum acquiritur, sicut hæreditas *l.servũ 44.§.1. D.de leg.1.l.si mihi purè 59. D.de leg.2.l.ei qui 13.D.de hæred.* ideoque quod dicitur *in l.legatum 80. D.de leg.2.* ità *legatum rei legatæ dominium facere legatarij, ut hæreditas hæredis res singulas*: nõ solù ad tẽpus pertinet scilicet ad diem mortis testatoris, sed etiã ad modum, ut intelligamus, quod sicuti ad acquirendum cum hæreditate, & per universitatem rerum singularium in ea sistẽtium dominium, aditione opus est: ità & ad acquirendum similitèr rerum singularium legatarum particulare dominium opus agnitione est, hinc cum agnitio in eo qui ignorat nulla esse possit, sequitur evidentissimè, nequaquam posse ignoranti rei legatæ dominium acquiri, ut rectissimè observant *Jacobus Cujacius* ad hanc *l.quamvis*, *Petrus Faber ad l. is qui 15. de reg. iur.* & *Hugo Donellus 8. Comment.c.18.*

3 Nèc à *Fabro*, sub *n.3.* scriptum quod in suprà citatis juribus id quod in adversum dicitur, ad eam legati acquisitionem spectat, quæ irrevocabilis sit; nos verò de illa sola loqui, quę per legis fit potestatem, & quæ non facit, quominùs liceat legatario, si volet legatũ repudiare dictis obstat nã occurremus dicẽdo quod cum nullo juris loco probetur hæc distinctio intèr acquisitionem legati revocabilitèr, & acquisitionem irrevocabilitèr, uti commentitia respuenda est; nam semper quod in iure de acquisitione dominij tractatur ex causa legati semper de ea acquisitione tractatur, quæ irrevocabilis sit, quæque Dominum legatarium constituat, & quanquam *Vlpian.in frag. tit.19.de dominio §.lege 17. lege acquiri ex legato dominiũ* scribat; nõ ideò agnitionem ipsius legati excludit, eaque non opus esse docet cum *lege acquiri* dicat; quia legis potestate factum est, ut ex legato transferatur dominium *l.verbis 120. D. de verborum significatione*, id enim si lex non jussisset non eveniret, quoniam dispositio cõfertur in tempus in quo disponens per mortẽ rerum suarum dominiũ amiserat. Cæterũ non tantum, ut quis posset acquirere ex legato, sed etià ut acquireret illud, & si ignoraret lex non fecit nec facere potuit, ut non facit quod invito aut nolenti conferatur beneficium: hæc autem Regula cum locum habeat in acquisitione irrevocabili, ut ipse *Faber* fatetur, nulla ratio est cur in acquisitione revocabili locum habere non possit, quando certò certius est, etiam acquisitionem illam revocabilem, quam sibi *Faber* & fingit, dù dominij translationem secum affert beneficium esse, & uti tale non esse conferendum in eum, qui se velle hoc beneficium non declaraverit, & renunciandi potestas, quæ permittitur legatario antequàm agnoscat, faceret quidèm, ut beneficium non retineretur ab invito, at non ut acquisitum non fuerit nolenti, si citrà eius voluntatem ei acquireretur.

4 Neque obstat tex. in *l.si partem 19. §.1. D. quemadmodum servi amittatur in l.cum Pater 77. §. fundo D.de leg.2.in l.magis puto 5. §.*

an-

autem D. de rebus eorum, & similes, in quibus scriptum est res legatas etiam ignorantibus acquiri; nàm hoc non indistinctè est accipiendũ, & quoad dominiũ, sed ut *Cujacius* advertit, & optimè de actione personali quæ acquiritur ignoranti legatario, nec coimnovum est ut nostra dicatur nobisque acquisita ea, de quibus actiones habemus qui enim (ut Regula est *Pauli*) actionem habet ad rem, ipsam rẽ habere videtur ut in *l.15. de reg. iur.* exornata à *Petro Fabro, & Jacobo Gothofr. in Comment.*

Quamquam etiam si in hoc sensu dicas acquiri ignorantibus res legatas; quia dum actionem acquirunt, propè est ut rem habeat, adhùc addendum erit quod sub conditione, si quandoque postea agnoverint acquiratur quod *Donellus* terigit, ubi suprà. Hinc si *Faber* dum revocabiliter acquiri ait rei legatę dominium non aliud vult quam acquiri legatario ignoranti actionẽ, non repugnabo, dum mihi tamen concedat, quod rectè apud *Marcellam* scriptũ sit personales actiones acquiri ignoràtibus dũ dominium quod acquireretur in eius sententia, quia revocabile, non aliud quã personalem actionem importaret.

5 Hinc quo ad secundum satis constat quod possit recepta lectio defẽdi etiã admisso quod legatario rei legatæ dominium quæreretur; nam vel in hoc dominio, quia sub conditione, & revocabile est intelliges non aliud quã personalem actionem ad rem ipsam, & rectè se habebit recepta lectio; vel hoc dominium proprium verumque dominium existimas idque acquiri legatario velis iuxta *Fabri* sententiam, & eo modo quo *Faber* sentit, & adhùc recepta lectio retinenda erit, nam eo quia in textu de fideicommisso loquutus quoque fuit Juris Consultus, possunt ad illud referri ea verba *personales actiones acquiri*; quoniàm & si generaliter, & ad utrumq; prolata videãtur, idest etiam ad legata, attamen quia poterunt sic explicari cũ *Osualdo* in notatis ad dictum *Donelli* locum, ut in illis intelligamus contineri argumentum à minori verisimili ad maius, in hunc modum; si in aliquo casu ignorantibus acquiritur personalis actio, quod aliquantùm difficile videtur; quia illa ex negotio gesto, & contractu oritur; cur non poterit, quod est facilius iisdem ignorantibus dominium acquiri?

6 Sed postquam receptam lectionem defendimus videamus nunc quam elegans sit Fabriana lectio, legit ille; *nam compotibus meatis personis tales actiones etiam ignorantibus acquirantur*, sed quæso quò illud *tales*, dum nulla alia in parte tex. de actionibus loquutus appatet *Pompon.* & solum de acquisitione ex testamento; an acquisitionẽ ex testamento acquisitionẽ actionis appellabimus? Sed si ita dicimus coincidemus in *Cajacij* sententiam, & dominij acquisitionem appellabimus, & esse volemus ly *actiones tales*.

7 Præterea si investigemus, quid ex hac *l. filiusfamilias 16. D. de testam.* Interpretes deduxerint, inveniemus eos post *Bartolum*, & *Baldum* scripsisse, quod filijfamilias, servi, posthumi, Surdi, possint hæredes institui; nàm & si careant testamenti factione activa, ut loquũtur non carent passiva quod explicat *Vasquius de success. progressa lib. 1. §. 1. nu. 97. & Joannes Dauterius in tractatu de testamentis tit. qui testamentum n. 440.*

8 *Pragmatici* autem propius ad *Fabrum* accedendo, & ipsi quoque contendunt legatum acquiri legatario statim, ipso iure, & citra ullum ipsius factum ut *Marcian. disp. 12. num. 5.* testatur, & insuper acquiri eidem ignoranti ut post *Rotam Romanam* eoram *Panzirolo dec. 189. n. 5. par. 7. in recent.* refert *Rubeus de testam. pract. resol. cap. 49. num. 456. & seqq.* uti exploratum receptumque apud omnes, idque non solum ex *l. eam pater 79. §. Surdo D. de leg. 2.* alijsque iuribus, sed in specie ex hac *l. filiusfamilias* probari voluit, cum tamen ipsemet *Faber* non probari ingenuè fateatur, ideoque emendandam vellet, ut id probaret.

9 Insuper etiam legatũ in diem relictum acquiri ignoranti, ab eoque transmitti tanquã acquisitum ad hæredes dicendum esse statuũt plerique: dummodò dies sit certa post *Jasonem in l. si ita legatam §. illi si volet nu. 9. D. de cond. & dem. & Sard. cons. 253. n. 25.* quod notat idem *Rubeus* ubi suprà *n. 458.*

10 Verum enimverò quod Nos dicebamus oportere aditam fuisse hæreditatem, ad hoc, ut legatum quæratur in cõfesso est apud omnes; ideoque fructus ex tùnc acquiri legatario communiter concludunt, nisi aliter testatorem voluisse constiterit *Mantica de conject. lib. 4. tit. 5. n. 16. & passim.*

11 Denique adnotandum erit quod disputatio de acquisitione, & transmissione legatorum ad hæredes locum habet in legatis puris aut ad diem certam relictis, non autem in conditionalibus; quoniã hæc non transmitti, nèc acquiri, nisi demùm conditione existente apud omnes in controversum est: cum tamen difficultas sit circa legatum relictum pro dote, quamquam, & in hac fere communiter

12 admissum sit esse conditionale, nec transmissibile *post Romanam conf. 134. & Manticam ubi supra lib. 11. tit. 18. n. 21.* Nisi filiæ relictũ proponeretur; nàm tunc quia loco legitimæ se habere Nostri asserunt, ideo rejecto onere nuptiarum transmissibile erit, ut post *Gabrielem, & Gratianum* notat *Consil. Staib. tom. 1. observat. 44.* quod aliàs monuimus. plura ad rem invenies penès *Altom. ad cons. Rov. 70. à n. 24.*



CAPVT XX.

De emendatione, & lectione tex. in l. si à primo 8. D. de liber. & posthum.

SVMMARIVM.

1 *De Cujacij emendatione ad hunc tex. lis inter eum, & Robertum.*
2 *Quid Faber.*
3 *Judicium Fabri malum.*
4 *Non constat quid sibi velit Faber.*
5 *Potest recepta lectio tueri, & explicari cum Accursio.*
6 *Assertio Fabriana non probatur.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *Qui filium posthumum instituit an videatur omnes filios instituisse?*

1 CIrcà lectionem *l. si à primò 8. D. de lib. & posth.* lis est inter *Jacobum Cujacium*, qui tùm in Comment. ad ipsam, tùm in notis *instit. de exhared. liberorum*, vult in ea *natus vivo primo*, non *vivo patre* legendum, & *Ioannem Robertum*, qui emendationem hanc reijcit, insistitque lectioni receptæ. *Faber* hic non vocatus arbitrum se in ea constituit, deciditque tamen tam male ut suam faciat, dũ vult inepti Interpretis esse integrum versiculum illud, *ut natus vivo Patre, a quo exharedatus sit moriatur:*

3 Et iniquam esse decisionem demonstratur ex eo, quod si sequamur *Cuiacij* viti doctissimi emendationem, quam ipse sub *Mercatoris* persona iterum defendit & strenuè *notatorum 2. cap. 19.* optimum sensum habebunt citata verba, & maxima cum injuria dispungerentur præsertim cum non constet quid sibi *Faber* velit, sub *num. 8.* scribens *Sanè quod idẽ Cuiacius putat in hac lege primum nomen esse Instituti, secundum substituti, non solum otiosum est, sed etiam improbabile. Primum enim Pomponius dixit, quem postea priorem vocat, cum ait an prior aditurus sit, primumque haredem intelligit qui primo loco institutus est, sicut, & secundum, qui secundo loco, quem & substitutum vocat, ut gradus designet potiùs,*
3 *quam personas.* non constat sanè; nàm sivè his verbis primo, & secundo intelligamus designatos gradus, sivè personas semper bona locutio illa erit *vivo primo*; nàm vivere primum gradum per metaphoram, & mori illum dicunt passim JurisConsulti cum vivere, aut mori hæredes in primo ipso gradu scriptos dicere volunt: & vivere primum Institutum, aut secundum etiam rectè in eodem sensu dicetur. Cæterùm *Cuiacius* aptiùs se ad *Pomponij* mentem, & locutionem conformãs verbis illis *primo, & secundo* personas, & gradus insimul significari voluit, & *vivo primo* significari *vivo eo, qui primus hares institutus fuerat*, quod illud ipsum est quod etiã *Africanus* quanquam parùm diversis verbis expressit *in l. posthumus 14. D. eod. tit.* ibi, *quãvis eo tempore nascatur quoad haredes primo gradu scriptos pertineat hareditas.*

5 At si relicta emendatione lectionem receptam tueri velimus, & admissa *Accursij* interpretatione, quam Robertus sequitur, quoq; hunc filium vivo patre natum, eoque defuncto, mortuum dicamus: quis non videt optimum sensum esse in illis verbis, *ut natus vivo patre, &c.*

6 Pergit, & subtilem agens *Faber*, advertit *sub num. 9.* non valuisse ante *legem Velleiam* institutionem, aut exhæredationem illius posthumi, qui vivo testatore, post testamentum nasceretur: verùm enimverò ut hanc suam subtilitatem nobis probabilem ipse faceret oportebat, probaret (quod nunquàm potuisset) fuisse ignoratam à *Pomponio*, qui ità Respondit *legem Vellejam*, quando tantum abest, quod ignoraverit, ut potius è contrario illius dispositione usum constet, illamque perstrinxisse eum in verbis *secundum sententiam, qua utimur.*

7 Rutsùs illud quoque observandum est quod Interpretibus, & Repetentibus circà lectionem hujus *l. si a primo 8. D. de lib. & post* nulla olim dubitatio incesserat, sed primus *Cuiacius*, & postea *Faber* eam in dubio revocaverunt; quanquam illi circà expositionem verborum (*Quod si posthumo filio id acciderit, ut natus vivo patre*) difficultatem non modicam senserint post *Accursium in Glossemate ad ver. cum acciderit*, ut patet ex eorũ scriptis, hinc suspicamur ab hismet *Accursij* locis ansam emendandi Neotericos sumpsisse motos difficultatibus à veteribus exeitatis. Adnotandum secundò quod ijdem *Repetentes* post *Bartolum, Baldum, & Jasonem*, ut solent, ex hoc tex. deducunt substitutionis gradum, in quo filius est præteritus morte filij non cõvalescere; nàm aut filius jàm natus reperiebatur, & illum statim ruperat, aut demũ postea nascitur posthumus, & nascẽdo, & ad nascẽdo pariter rumpet: hinc ad remedia recurrendum, clamat idem *Bartolus in l. 16. §. si duo D. de vulgari*; *Pragmatici* tamen si posthumus post testamentum natus, vivo patre decesserit, valere testamentum volunt post *Clarum in §. testamentum quæst. 45. Grassum in §. testamentum quæst. 3. n. 18.* atque ita in subtilita-

tilitatibus Interpretũ non multum insistunt quinimò, pro certo habent, quod rupto testamento, vel ob filij præteritionem, vel ob injustam exhæredationem: adeoque per querelam contrà tabulas, adhùc pupillaris substitutio substineatur, ut post *Grassum in §. substit. q.16.num.4. Vasquinum de success. progressu §. 14.num.136. Intrigliolum, Trentacinquium*, & alios explicat *Fusarius de pupill. sub. quæst.134.& sequenti.*

8 Denique & illud quoq; adnotandum quod cum ad hanc materiam tractandam *Pragmatici* accedunt, sivè de validitate testamenti, sivè de subjectionis validitate disputent, statim id in primis considerandum suadent, an clausula Codicillaris in testamento fuerit apposita, nec nè? & cum ferè omnes illam de stylo in omnibus testamentis appositam velint, & si expressa non fuerit, vix disputationi locum relinquunt; nisi in eo solum, si expressè apposita inveniatur hæc clausula, ut introspiciant an ea per verba præsentis, an vero futuri temporis sit concepta? itèm an posthumus scienter, an verò ignoranter fuerit præteritus? ut videre est apud *Turrettum*, qui & plura ad materiam affert in *tract. de claus. Codicillari q. 54. effectu 33. cum pluribus sequentibus, & apud Gaillum lib.2.pract.obser.cap.114. & Clarum in §.testam.q.46. & ibi Addentes*. Est etiam pro Coronide observandum quod cum quis posthumos instituit, si dubium sit, an filios omnes etiam natos instituisse censeatur: videndus erit *Boerius decis. 148. & Mantica de coniect.ult.volun.lib.4.tit.9.*

Finis Octavi Libri.



D.HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS

LIBER NONUS.



CAPUT I.

Ad formulam Galli Aquilij, & ad l. Gallus 29. D. de lib. & posthum.

SUMMARIUM.

1 *Responsum Scevolæ in l. Gallus olim difficile, nunc non ita.*
2 *Fabri error primus circa posthumorum divisionem.*
3 *Fabri secundus error in posthumo suo describendo.*
4 *Item firmiter asserendo quod J. Consulti antiquitus iura condere potuerunt.*
5 *Item in exaggerando vim particulæ tunc, & in asserendo vivo moriente.*
6 *Quomodo simplicius, & rectius scripsisset.*
7 *Faber iniuste Bart. reprahendit.*
8 *Nostri non duas, sed multas, & varias posthumorum species agnoscunt.*
9 *Omnes posthumos, futuros suos volunt instituendos.*
10 *Sed admittunt sub uno vocabulo posthumos institui posse.*
11 *At non eodem modo legari illis.*

1 Scevolæ Responsum quod extat in *l. Gallus D. de lib. & posthu.* Galli Aquilij formulam, & *l. Velleæ* capita complectens, & explicans, quamquàm obscuritate sua antiquitus Interpretum ingenijs terrorem incutijt, attulitque confusionem tamen hodiè cum satis superque à Doctissimis viris illustratũ sit, non idem facit nisi quis denuò alia addere velit, nam tunc is caliginem denuò, & confusionẽ ingeret, quod hic, & in sequẽtibus *Faber* agit, dum plura ab alijs optimè tradita invertit, plura novat, omnia in deterius mutat.

2 Et profectò dum hic posthumorum divisionem proponens scribit *Summam, & perfectam eorum divisionem esse quòd quidam posthumi sui sunt, quidam alieni*, statim impingit; nam fide non bona tertiam posthumorum speciem omittit, nempè extraneorum, quãdo hęc passim ab Interpretibus allata, & explicata est, ut ostendit novissimè *Valenza*

lenza noster tractatu illustrium lib.3. tract.4. c.2. & quando cognita Juris Consultis constat, apud quos nun solù *suorum, & alienorum* posthumorum mentio in *§.posthumo, & §.posthumus instit. de leg. in l.penult. D. de leg.1. in l. quidam relegatus 5. §.ult. D. de rebus dubijs*, sed etiam extraneorum tractatio *in l.extranei 6. D. de ventre in possess. mittendo in l.25. §. Lucius*, de qua sequenti capite *D. de lib. & posth.* & in similibus Juris nostri locis. Nec oportebat, ut facit *Faber* extraneos posthumos cum alienis confundere; dum in promptu, & apertissima differentia intèr ipsos erat, rùm ex eo, quod alieni posthumi ex suis nascuntur *d.§.posthumo quoq; instit. de leg.* extranei vero non ex suis, sed ex fratre, aut ex filia, ut in *d.§. Lucius l.25.* tù quia alieni posthumi poterunt sui fieri, primom locum obtinendo, & Avo adnascendo cum nascûtur; extranei verò nunquàm possunt, nisi arrogatione, & adoprione præcedente scil. nisi cum speciali quadam provisione ad suitatem adducantur.

3 Secundò dum quis posthumus suus fit, describit, *Faber* Justinianeam definitionem invertit; dixerat namque *Justinian. in §. ità demùm vers. posthumi instit. de hered. qui ab intestato deferuntur* posthumum suum illum esse, qui si vivo parente, natus esset hæres ejus, & in potestate futurus foret; At *Faber* illud, *vivo parente, in eo tempore násceretur quo testamentû fit*, mutat, scribitque, sui fuot, qui si in eo tèpore nascerentur quo testamentum fit; dummodò jam tum concepti sint inter suos hæredes testatori futuri essent equidem invertit, nam restringit, & diminuit, quod *Justin.* dixerat, omittit etiamquæ J.Consulti dixère, eorumque adversatur Responsis; in *l. placet 4. cum duobus sequent. D. de lib. & posth.*

4 Tertiò falsum, aut saltem dubium tâquàm verum, & certum assumit; dum sub *n.7.* Prudentes juris condendi potestatem habuisse, veluti exploratum tradit, & tamèn id in dubium revocât ea, quæ doctè scripsère *Goveau. & Gileben.* ad hanc *l.Gallus Fr.Conn.commen. 5.cap.15. Ulteius in §. responsa prudentum instit. de jure nat.Gent. et civili* & post hos, alios, que, omnium tamèn eruditiori, & accuratiori disquisitione *D. Alphonsus à Caranza de partu c.2.§.1. illat.13. sect.2.* id verò quod *sub eodem num.* idem *Faber* advertit, nempè à Gallo Aquilio in præsenti non illud inductum, ut posthumi institui possent, sed qua ratione, quave arte (præscripta in eam rē formula) instituantur ostensû, vulgatum est, nèc solum doctissimè à *Cuiacio* explicatum à quo ipse quanquàm dissimulat, sed vel ab *Accursio* animadversum, quando ad verbum *sic* in *d.l.Gallus* adnotavit concisè tali cautela.

5 Quartò confunditur *Faber* in præsenti, nã adeò superstitiosè, uni illi particulæ (*tunc*) in formula Aquiliana insistit adeoque ejus necessitatem exaggerat, ut sub *n.13.* & passim scribere non vereatur, quod si ea sola à formula abesset, institutio non valeret, quod tamen non ausus fuit dicere *Marius Salomonius*, qui & ipse in *paradoxis* ad hanc *l.Gallus cap.2.* eamdem particulam nō parum magnifecit, cum tàmen ipse *Faber*, vel ex propria ratiocinatione de opposito convincatur, nàm si is, qui moritur, non adhùc mortuus est, quãquàm mori incipiat; adeoque vivit, sequetur necessario, ut posthumus hic nepos, qui tùnc cum pater moritur, sive cum mori incipit ab Avo instituitur, quod dum adhùc alienus est instituitur, nam cū instituitur vivit etiam pater, à quo in gradu præceditur, & proindè vel omitti particula *tùnc* debuerat à formula, vel non ita *si filius morietur*, sed

6 ita *si filius vivere desiuit*, tùnc nepos institui debuerat: neutrum itaque admittere *Faber* debuit, nempè non vitam in moriente filio, nèc superstitionem in particula tùnc, sed simpliciùs, & apriùs cum *Alciato, Cujacio, Duareno*, & cæteris asserere quod in eo consistit Galli provisio, ideoque recepta est, ut per eam non prius instituantur nepotes, quã sui adnascâtur Avo, & quod particula *tùnc* in ea ponitur ut antecedens tempus ad mortem filij excludatur, hinc si eadem particula in formula non fuerit expressa, etiam subintelligi ex figura illa verborum, *si filius, vivo me, morietur, nepos ex eo hæres esto.*

7 Quintò denique malignè repræhēdit *Faber Bartolum*, eo quod dixerit aquiliana formula institui quidem posthumos alienos, sed ideò receptam; quia institutio ad tempus illud conserebatur, quo sui furent; siquidem *Bartolus* ità scripsit; quia tempus illud quo testabatur defunctus inspexit, & dum adiecie, conferri institutionem ad tempus habile satis explicavit se non credere quod valitura foret priusquàm nepotes sui fierent.

8 At Veteres Interpretes, quos ferè sempèr sequuntur *Pragmatici* non solum duplicem esse speciem posthumorum unam .f. eorum qui sui: alteram eorum, qui alieni, agnoscunt, ut *Faber* hic, & *Cuiacius*, sicut, & *Fabrum* sequuti *Schifordegerus tract.16.qu.1 & 2. & Piccardus in preludijs ad hanc l.cap.1. n.27.* sed plures alias posthumorum species comminiscuntur, & proponunt post *Accursium in rubr. C. de post. hered. inst. Jasonem ad rubr. Dig. de lib. & posth. Bald. ad l. filius à patre §.1. Lancellotum, & Garziam in eod. tit. de liber. & posth. Spannochium, Massinum, Torniellum*, & reliquos ad hanc *legem Gallus.*

9 Rursùs, & illud quoque pro certo habent, quod posthumi sive sui, sive alieni, sive extranei sint omninò instituendi, si quandoq; sui futuri sint; ut latiùs explicant suprà citati

ti DD. cum quibus *Jul.Clarus in §. testamentum q.45. Grassus lib.1.recept.sent. §.testamen. q.30. n.26.Traquell.ad l.si unquam vers. susceperit n.105.& Menoch.lib.8. præsumpt. 21. Vasquius de successi.creat.§.15.n.40.*

10 Admittunt tamen institutionem factam simpliciter de posthumo trahi ad quemcumque posthumum, atque ita distinctiones posthumorum, eorūq; species enumeratas atq; à se ipsis tàm accuratè traditas insupèr habent, dum quoscumque posthumos comprehendi sub uno eodemque vocabulo jactant post *Repetentes in l.placet.C.de lib.& posthum.* & post *Menoch.in lib.4.præsumpt.2. & Manticam de coniect.ult.volun. lib.4.tit.8.* & si hoc in legatis non habere locum velint, unde si legatum factum posthumis fuerit, non censeri quibuscumque posthumis legatum esse, concludunt ex adducta à *Jasone* ratione, quod non idem favor in legatis, ut in institutione militat, sed ad hanc rem *Cancerium* adeas, qui plenius de ea tractat *variarum cap. 20. tit. de leg. à n.278.*



CAPVT II.

Quo jure alienorum posthumorum vetita institutio, & de intellectu §. ult. l.Titius 25. D. de lib. & posth.

SVMMARIVM.

1 *Qua ratione prohibita posthumorum institutio?*
2 *An lege duodecim tabularum prohibita, communiter negant, & Faber pro communi est.*
3 *Prohibitam etiam eo iure defendimus.*
4 *Explicatur Gellij locus.*
5 *Confirmatur nostra sententia.*
6 *Peculiaris Fabri error.*
7 *Resolvitur obiectio Fabriana.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *Posthumos volunt institutionis, & maioratus capaces.*
10 *Faavore testamentorum verba impropria quandoque.*
11 *Verbum posthumos comprehendit aliquando etiam jam natos.*
12 *Quod alij negant.*

1 CUm vetitam jure civili posthumi institutionem constet apud Interpretes, si quosdam excipias, nempè *Ang.Spannochium lib.singulari ad l.Gallus p.5. usq; ad 20.& Anton. Piccardum in princ.instit. de bonor.poss.* quorum argumenta strenuè diluit communē tutatus sūt. *A Caranza ubi sup.illat.13.* prohibitionis rationem quærunt Nostri, & nōnullas excogitarūt, præcipuè *Merillus ad 50.decis.Justin.cap.24.Costa in §.posthumus instit. de leg.Massin.* hic quas qui nosse velit, apud eūdem *A Caranzā habet loco supra cit.* & apud *Valenzam ubi supra cap.2.* sicut, & qui novā desiderat adire *Marcum Linklam.membranarum 7.c.8.* poterit, aut alios recentiores; cum mihi omnium verior, & aptior illa videatur quæ ab *Vlpiano in frag.tit.22.§.incerta,* & ab *Hermogeniano in l.sub condit. 18. vers. certò enim D.de bon.poss. contra tabulas,* tradita est; nàm ad eam quicquid deindè excogitarunt Interpretes reduci posse haud difficile erit.

2 Sed illud potiùs difficilem habet investigationem, an hujusmodi prohibitio ex lege ipsa duodecim tabularum, an verò ex Prudētum sequuta interpretatione originem sumpserit; nàm quanquam hoc ultimum DD.communiter asseveraverint, & cum illis *Faber* hic & *Valenza*, & alij ex Neotericis, Intèr quos
3 *Chesius interpret. iuris cap.49.num.4.* Me in contrarium illud maximè movet, quod *Scevola* in hac *l.Gallus §.illo casus* absolutè pronunciat (*quod institui nullo jure poterat is, qui nondùm natus erat.*) nā si duodecim tabularū lege potuisset, minus verè foret dictum *nullo iure potuiße.* Nèc communis sententia quicquam quod pro se faciat, habet, & quod allegant plerique, præcipuè *Lelius Taurellus* doctissimus illius assertor in *Comment.ad hanc l.Gallus,* nempè quod 12. tabularum lege in illis verbis, *ut quisq; legasset de re sua, ita, ius esto* latissima potestas fuerat morientibus tributa *l.verbis legis D.de verbor.significat.* verùm quidem est, sed non probat hac potestate concessa licuiße pro arbitrio omnes instituere, omnibus legare, sed tantum instituere legare licuiße. Aliud enim est permissam potestatem instituendi, legandi, libertates dādi, &c. aliud permissum cuicumque legandi, quemcunque instituendi, cuicunque libertatem dandi: argumentum rei, quod ab ipsamet lege duodecim tabularum quidam intestabiles existimantur; Unde lex apud *A Gellium lib.15.cap.13. improbus, intestabilisque esto,* quàm certatim emendant, & explicant eruditiores, restituit tamèn omnium meliùs *Dionysius Gothofr.in duod.tabul.frag.* ab ipso duobus libris collectis, dum reposuit *Civis improbus, intestabilis esto.* & intestabilis non solum is est, qui nec testimonium ferre ideoque testari non potest *l.18. D. qui testamentum facere possunt,* sed qui testamentum condere, aut testamento accipere nequit, ut ex veteri Horatij Scholiaste, & juris nostri locis, ostendit eruditissimus *Barnabas Brissonius lib.9. de verborum significatione.* Inter eos autem qui,

apud

apud *decem viros* incapaces, quibusque nec legari posset nec hæredes institui ere cur non reponemus posthumos, & tales fuisse dicemus non ex proprio delicto, sed propter eorũ incertitudinem? Etenim non delicto tantũ quis intestabilis fiebat, sed citrà illud, unde fœminas quoque intestabiles idem *Gellius* existimavit ex eadem duodecim tabularum lege, *improbus, intestabilisque esto lib.6. cap.7.* cum tamen nemo dixerit fœminas omnes improbas esse, & delinquentes; Certè si non obstante, quod per legẽ 12. tabul. larga potestas data sit; remansère per eandem legem quidam intestabiles, sequitur largitionem legis non probare, ut *Taurellus* existimabat, quod posthumi lege duodecim inspecta potuerint institui, nam sequeretur quod omnes inspecta ea lege institui potuissẽt. Cõtra vero ex eo quod per eamdem legem fœminæ fuère intestabiles reputatæ, ideoque ferre testimonium non poterant; non temerariũ neq; alienum erit suspicari, quod in alio capite ejusdẽ legis posthumi fuerint intestabiles existimati, itaut nõ à testimonio ferendo quod ridiculum fuisset, sed ab institutione arcerentur, & ideo institui vetiti, quia incerti.

4 Scio ego (ne quis in manifesto errore me deprædat,) quòd ex *Gellij loc. citato fœminas intestabiles* esse, intelligere debemus, quod lege duodecim tabularum à testimonio ferendo tantum nõ item à testamenti factione fuerunt fœminæ exclusæ ut *Dempsterus* ad *Rosinum* adnotavit *antiquitatum Romanarũ lib.8. cap. ult. ad vigesimam primam legem Ludovici Charonda*: etenim sentio, & fateor lege duodecim concessum fęminis non solum testandi jus, & potestatem, sed ex testamento capiendi, quanquàm hoc ultimum postea abrogatum à lege Voconia, qua constiturũ, ne fœminæ hæreditatem capere possent; aut saltèm restrictum, jussumque ne ultrà quadrantem ex censi Civis hæreditate caperent, ut ex *Dione* tectissimè docet *Balduinus libro singulari ad legem Voconiam*, sed ex dicto *Gellij* loco, & ex intestabilitate fœminarum illud solum ad præsentem de posthumis tractatum desumo, quod non ex solo delicto quis fieri intestabilis (attenta etiam duodecim tabulatum lege) porerat, & quod posthumus potuit etiam ex eadem lege talis esse propter ipsius incertitudinem.

5 Iuvat firmatque sententiam nostram, quam asserimus ex lege 12. tab. posthumos incertitudinis ratione institui non potuisse, quod hoc ipsum, quod is, qui in ventre est, nec homo est *l. in falcidia 9.§. circa ventrem D. ad l. Falcidiam*, aliaque hujus farinæ ab Interpretibus considerata, & ab *A Caranza* ubi suprà, & *Valenza* collecta; fuère cognita non solum sequentibus Juris Consultis, sed ipsis quoque *decemviris* ut, patet ex eo quod inter duodecim tabulatum fragm. ab omnibus refertur ex eodem *Gellio lib.3. cap.16.* sententia illa ad quam *Scevola* in hac *l. Gallus*, & ipsemet *Gallus* allusit *decimo mense perfectũ, & legitimum partum esse*, ex hac enim sententia cognoscimus *decemviros* non solũ quisnàm legitimus partus existimandus, definijsse, ut Interpretes explicant, præcipuè *Ritterfusius c.9.* idq; ot fraudibus obviam irent; Sed partus ante quam post decem menses foret editus, noluisse aliquid esse perfectum atque id ipsum existimasse quod postea *Papin.* in citato §. *circa ventrem* scilicet partum nõdum editum hominem nõ rectè dici, & ut *Ulpianus in l. sed si plures 10. §.1. D. de vulgari*, eum qui in ventre est in rebus humanis non esse, quod *Pomponius quoque in l. quod in rerum 24. de leg.1.* & passim alij J. Consulti proinde affirmari rectè potest quod posthumorum institutionem *decem viros* vetasse.

Itaq; si ex his posthumorum institutionem ex tunc vetitam à *decemviris* quis dixerit, verum postea prudentum interpretatione in suis posthumis permissam, non item in alienis (nàm hoc ex pluribus juris nostri Responsis à *Valenza* ubi suprà *num.4.* alijsque collectis omninò oportet asserere) is quidem qui ita dixerit non valdè à veritate aberraverit meo judicio; sed in re ambigua, & obscura cuique sentire quod velit liberum esse volo.

6 Præterea notandum quod in hoc capite patens, & proprius *Fabri* error ille est, quod in §. *ult. l. Titius 25. de lib. & posthum* adversùs *Cujacium* contendat Juris Consulti verba *jure facta videri* prætoriam æquitatem præseferre; nec videt, primò huic expositioni obstare quod tex. ille positus sit sub Rubrica in qua de institutionibus directo valituris tractabatur; secũdò obstare eadem verba quibus non benè usus foret J.C. si ad prætoriã æquitatem respexisset, nam adaptari ad prætoriã bonorum possessionem secundùm tabulas nõ possunt; ex ea fit quidem ut valere institutionẽ, sustineri, tenere, dicere possimus, sed non ut jure factam dicamus; namque jure facta directo valet, & si hæc de qua agimus jure facta foret, non prætoria æquitate sustinenda, sed à principio valitura; denique, & ratio etiam obstat *Fabro* nam eum, re vera is, qui institutus fuerat, natus jam erat, nec tum in ventre, ideoque non adhùc incertus, non debuit obstare opinio testatoris, quę veritati cedere oportuit; ut rectissimè *Cuiac.* monuit, nã plus valet quod in re est, quàm quod in opinione.

7 Neq; obstat quod *Faber* movet dubitãdi rationem apud *Paulum* illam fuisse, quæ exprimitur ibi *Verba quidem testamenti ad eum pronepotem directa videri, qui post testamentum factum nasceretur*; Nam respondeo

Bbb hoc

hoc ipsum esse, quod *Cuiacij* explicationem firmat; significant enim citata verba, & sequentia, constasse apud *Paulũ* quod institutio quæ fit de posthumo non valet, at in proposita specie ideo dubitatum, an valeret, quia in testamento illo de quo agebatur non posthumus, non qui in ventre, sed natus pronepos institutus fuerat, & movebat dubium, nõ Regula de posthumis non instituendis, nam hic non posthumus institutus, sed verba testatoris quæ non ad natum, sed ad nascitu rum videbantur directa; ratio tamen decidẽdi fuit quia præsumpta testatoris voluntate, & ex facti circumstantijs, hũc institutum apparebat, & proinde conclusum non obstare, quod verba sint directa ad nasciturum, & per consequens ad posthumum, eujus vetita institutio erat, dum ex facto & institutum eum constabat, quem si testator natum scivisset ad illum verba direxisset, & hæc nos pro *Cuiacio* adversus *Fabrum* sat sit adnotasse. qui plura, & meliora velit, petat ab *A Caranza d.c.2.§.1.illat.13.sect.1.nu.202.* Nunc quæ ad hæc habeant, qui in foro versantur investigemus, & ij quidquid sibi velint, qui in scholis docent parùm curantes & ad antiquam posthumorum instituendorum prohibitionem non attendentes, illud tãquàm certum dictitant: hodiè tam suos, quam etiam alienos posthumos institui posse, ut notavit *Mantica de coniect. ult. volun. lib.4. tit.10.* qui si institutio obscura fuerit, de quo posthumo facta intelligenda sit, pluribus declarat.

9 Quinimmò nõ sōlũ institutionis quemlibet posthumum hodiè capacem esse contendunt, sed & majoratus quoque; nàm cum apud Hispanos Majoratus, sive Primògenia ejus naturæ sint, ut nèc momento vacare possint, ideòque mortuo possessore statim in eu, qui tempore mortis proximior reperitur transire oporteat, ut in *l.45.Tauri*, ex hoc concludunt DD. deferri majoratum etiam in eum, qui tempore mortis ultimi possessoris conceptus fuerit, licèt in utero sit, si proximior inveniatur defuncto, atque ità posthumum etiàm majoratus capacem faciunt, modò, ut dixi, proximior fuerit, quod adeò receptum, ut si postea alter proximior inveniatur, qui tamen tẽpore mortis ultimi possessoris in rerum natura non erat, scilicet nèc tum conceptus hic excludendus, veniat à posthumo jam concepto, ut docet *Molina de primogenijs lib.3.cap.10.n.4. & seqn. & nu. 8. & seqn.* id quod in patronatibus, feudis, & similibus servandum voluit *Menoch. de præsumpt. lib.4.cap.93.* & alij à *Fusario relati de substitut.qu.318. à n.55.*

10 Cæterùm ad *l.Titius 25.§.ult.D.de lib. & posth.* de qua lis inter *Fabrum n.8.* & *Cuiacium*, *Repetentes* adnotare solent, quod Regula sit, ut favore testamenti plura admittantur benignè, ut verba directa ad nasciturum inclu-

11 dant etiam natum, quod latiùs *Jason ibidem*, & *Joannes Andreas in addit. ad specul. tit. de testam. vers. occurrit alia quæstio*, & *Mantica tum lib.2.tit.15. tum lib.4.tit.10.n.6.* & *Franc. Stephanus decis.15.* & alij, quanquam pleri- que contrarium verum esse dicant, & modi-

12 cus teneant posthumi appellatione non venire iàm natum, post *Oldradum cons.310.* & *Magoninm dec. Florentina 8. n.14.* & sequaces quod ipsum sentiẽtẽ *Cumanus*, *Paulus*, *Aretinus*, & *Sarmiento* adversùs quos disputari poterit ex àdductis à *Fachineo 4.contr. cap.89.* & ab *A Caranza de partu cap.2. §.1. illatione 73.sect.1.n.145.*



CAPUT III.

Ad §. quid si tantùm hujus l. Gallus D. de lib. & posthum.

SUMMARIUM.

1 *Littera textus.*
2 *Fabri expositio, & aliorum.*
3 *Quid Cuiacius.*
4 *Notantur.*
5 *Quid revera à Scævola dubitatum quidve decisum.*
6 *Explicantur sequentia verba tex.*
7 *Error impressorum in Accursij Glossa.*
8 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
9 *An quod dictum de deportatione habeat locum in Monachismo.*
10 *Error quorundam Interpretum, & Pragmaticorum.*

1 IN §. *quid si tantum l.Gallus* scriptum est, & *quid si tantum in mortis filij casum conciperet?* Quid enim si *aqua, & ignis interdictionem pateretur. Quid si nepos, ex quo pronepos institueretur, (ut ostendimus) emancipatus esset: hi enim casus, & omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad l. Velleiam, sed ex sententia legis Velleia, & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.* Ar in hujusmodi verbis pleraque obscura Interpretibus visa sunt, & in primis illud, quod scriptum in his, *Sed ex sententia legis Velleia hæc omnia admittenda sunt.* Nam vix dignoscitur quid nam sit quod Jur. Consultus quærit, sibique diffiniendum proponit.

2 *Faber* hic postquàm quid *Goveanus*, quid-ve

ve *Cuiacius*, quidve *Bartolus* senserint retulerit, & impugnaverit, suam proponir sententiam *num.* 8. quæ est, quod nepos institutus ex præscripto formulæ Aquilianæ (solo casu mortis expresso) utiliter institutus videatur, nec rumpat testamentum, quandocunq; post avi mortem natus fuerit suus; licet filius, qui testamenti tempore suus erat, non mortuus fuerit vivo avo, sed vel deportatus, vel ab hostibus captus: Idque non propter vim Aquilianæ formulæ, quæ sanè manca est, cùm solum mortis casum exprimat, sed potestate legis *Velleia*, quæ admittit institutionem posthumi etiam alieni, etiam nati, vivo avo, aut patre.

3 Sed Ego in hujusmodi quæstione quanquàm sciam quod *Cuiacius* communis Magister *Emilũ Perrottum* sequutus credidit *Scevolam* quærere, utrum in formula Galli, cæteri quoque casus scil. deportationis, servitutis, &c. suppleri possent, & sicuti concipitur formula: *si filius moriatur*, concipi etiam posset *si filius deportabitur*, sive *capiatur ab hostibus, &c.* & concludere eumdem *Scevolã* id posse ex sententia legis *Velleia*. Quasi quod dubitari hoc posset, & legis *Velleia* exẽplo, aut inductione indigeret; Sciam quoq; & antiquorum sententias *Accursij* scilicet, & *Bartoli* à plerisque admissas, & cum his ferè coincidere *Fabrianam* expositionem si subtilitèr expendatur, nihilominus contra *Fabrum* hæc habeo.

4 Primò quod id, quòd supponunt hi, qui dicunt conclusum à *Scevola in Galli Aquilij* formula, cæteros casus suppleri posse, concipiendo eam expresso etiam casu deportationis, servitutis, &c. quodquè ipse *Faber* passim asseverat, præcipuè sub *nu.* 8. Aquilianam formula tantummodò mortis casum exprimi, falsa esse ut *Scevola* verba in hoc §. ostendunt, nempè illa, *& quid si tantum in mortis filij casum conciperetur?* quærit namque in illis Juris Consultus quid dicendum, si is, qui juxtà Galli formulam testatur casum mortis tantùm conceperit: at si verum esset, non alium casum complectebatur formula, quam mortis: ineptè quæsitum fuisset *quid si tantum in casum mortis conciperet?* idque non bona loquendi forma expressum; nam scribendum fuisset; *quia tantum in casum mortis filij concepit*, vel eo *quod tantum in mortis filij casum concepit*; & sanè loquutione ista, *quid si tantum* satis ostendit potuisse concipi non tantum in casum mortis institutio, sed & in alios casus, quod ita fuisse asseveranter tenendum est; nàm credendum Gallum Aquilium providum JurisConsultum omnibus casibus providisse, formulamque ità concepisse, si filius vivo me, morietur, deportabitur, in hostium potestate perveniet, &c. at quia plerumque improvidi testatores tantùm de casu mortis sollicìti de cæteris veluti raró accidentibus non curabant, aut non recordabantur in vnũ tantum casum institutionem concipiebant: ideò quæsitum ab Scevola, quid in hac specie dicendum; nam integra formula aquiliana comprehendentis etiam casus deportationis, & servitutis non fuit usus testator, & Rursùs hujusmodi casus non pertinent ad legem *Velleiam*: & concludit Scevola; *ex sententia legis Velleja. hæc omnia admittenda esse*.

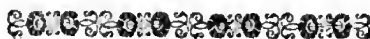
5 Hæc etiam verba quod secundò habeo adversus *Fabrum*, malè ab ipso explicantur dum ait significare quod ideo quia lex *Velleia* admittit institutionem posthumi etiam alieni, etiam nati, vivo avo, vel patre, multò magis defendi utilem esse institutionẽ potest, ab initio ita conceptam, & in eo tempore quo nepos suus foret; nam hæc in aliquo casu, & saltem in illo mortis rectè, & utiliter facta fuerat argumento *l. Stichus* 39. *D. de manum. testam. l. pater filio* 54. *D. de hered. instit.* & profectò ideo mala, ut dixi, hæc explicatio est, quia nimis à longè petita est, & quia nequaquàm stringeret: cum Genuina, & vera expositio illa sit, quod eũ lex *Velleia* ferè omnes casus rumpendi abstulerit, qui evenire poterant, cum suus hæres, suus esse desierit, atq; hoc perficiendi ipsius sententia fuit huncque propositum; propterea, & si de posthumis natis vivo avo, loquuta fuerit dicendum erit, cæteros casus ad similitudinẽ mortis in Galli formula admittendos ex iusta interpretatione, & si eorum expressio omissa, supplẽdos; ita ut qui complexus aquiliana formula casũ mortis fuerit, videatur ex sententia legis *Velleia*, & omnes alios complexus, qui in eadem formula continebantur; hæc autem expositio ipsum Scevolam authorem habet in §. *sequenti parte* in hac eadem *l. Gallus* dum ait *& benè verba se habent (si quis ex suis haredibus suus esse desierit) ad omnes casus pertinentia; quos supplendos in Galli aquilij sententia diximus* innuit namque formulam *Velleiam* vi ipsorum verborum unico loquẽdi modo ad omnes casus pertinere; at formulam Galli pertinere quidèm ad omnes, si exprimẽtur, sed si non exprimantur (quod fieri oportere sublatum voluit) pertinere vi tamen suppletionis, & interpretationis factæ ex sententia legis *Velleia*, quæ multos casus rumpendi abstulit ut §. *sed si filiũ*. Hæc mea expositio; enim tamen sciam alijs alitèr videri explicandum, quod ait Scevola: sed in illa persisto eò magis, quod ea quæ doctis. *Lelius Taurellus* scripsit non multùm ab ea noscuntur discedere.

6 Tertiò opponam *Fabro* quod malè postrema §. verba: *& ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint*, veluti inepti Interpre-

tis dispungat, quando optimam habent sententiam, & præcedentia declarant quia cum dictum ex *sententa legis Velleia hac omnia admittenda esse*, & id obscurè dictũ, & ambiguè videbatur; nam quid erat admittendum, non planè expositum: rectissimè subiectum fuit, *ut ad similitudinem mortis*, *&c.* ad explicationem eius quod admittendum dictum fuit. Cæterùm cum Codices omnes constantissimè ea verba teneant, omnesque Interpretes veluti legis recognoverint, & explicaverint; magna temeritas est velle nùnc reijcere, & dispungere, ex eo solo, quod *Accursius*, ut observat *Faber* inverterit; habet namq; d. verba *Glossa Accursij*, sed non suo loco, id quod vitio impressorum facilè dignoscitur accidisse; nam cum *Accursius* ad verbum *cæteri* adnotasset alias *certis, scilicet similes prædictis*, & in hæc terminasset Glossemmata *ad §. quod si tantum*, Inciperet deinde Glossari §. *quid si is, qui*, cum eius speciem proponere vellet præposuit hanc particulam (*casus*) quod fecit vel ipse *Accurs.* vel alius, ut ferè semper fieri, & præponi solet, quotiès species aliqua, sive casus figuratur, de his quæ in tex. sũt; sed cum infra ex *Viviano* denuò casus proponeretur, crediderunt impressores, vocem illam (*casus*) ad Accursianã speciẽ demonstrandã præpositã esse vocem tex. & ad proximum verbum *Cæteros* retulère, & ad illam *Accursiana* verba (*consuluit, Gallus*) veluti Glossemma adtexuère.

8 Utcumq; tñ in his quæ diximus illud certũ quod & si *Repetentium* veterum idest *Accursij*, *Bartoli*, *Alexandri*, *Angeli*, *Pauli de Castro*, *Jasonis*, *Bolognetti*, *Soccini junioris*, *Parisij*, *& similium* sententia dictitans Galli Aquilij formulam ex ipsius Galli, ac testatorum mente ad instar, & similitudinem *l. Velleia* introductam, & ipsam omnes casus complecti in quibus filio suo hærede sublato, posthumus incipiat suus hæres esse, sive per mortem naturalem id accidat, sivè per civilem à *Fabro* hic impugnetur, à quam plurimis tamèn non solum *Pragmaticis*, sed Neotericis recepta, & defensa est, præcipuè à *P. Gilchenio* ad hanc *l. Gallus n. 3. à Fachineo lib. 10. contr. c. 25.* & à *Valenza tract. illustr. lib. 3.* de suorum hæredum jure, & successione *ad hunc*
9 *§. quid si tantum*, alijsque. sunt quoque nonnulli ex Nostris, qui sumpta occasione ex hoc tex. quærere solent, an filio non quidem mortuo, sed Monacho effecto ea locum habeant, quæ in Galli aquilij formula diximus locum habere in morte civili, ut est in deportatione, aquæ, & ignis interdictione, & similibus, & *Speculator, in speculo* suo sub *tit. de statu Monachorũ* existimavit affirmãdum esse, ea nimirum de causa, quod negari non possit, quod per monasterij ingressum filius capitis diminutionem patiatur, & de Patris potestate exeat, id quod ad hunc §. *quid si tantùm* adnotavit *Soccinus iunior*, qui hanc sententiam defendi posse existimavit. in contrarium tamèn *Soccin. senior, & Jason* cõtendebant id locum habere non posse, ea adducta ratione, quòd Monachus retineat jura successionis, ut in *l. Deo nobis §. 1. C. de Episc. & Cler. Fachineus* verò *lib. supra cit. cap. 47.* admittit horum sẽtentiam, sed non rationẽ, & concludit quod ea quæ dicta sũt de deportatione, & similibus nequaquã ad Monachismũ possint pertinere, cum per Monachismum patria potestas non dissolvatur, ut latiùs ostendit *lib. 6. contr. c. 14* & notaverat *Joannes Faber ad tit. inst. quibus modis patria potestas solvitur.*

10 Sed illud in Juris Regulas impingit quod ex Interpretibus *Anton. Gomez. variar. 1. cap. 9 a num. 7.* & ex *Pragmaticis Andreas Gaillus pract. obser. lib. 2. cap. 131. n. 7.* asserebant, scilicet monachum quidem patria potestate per Monachismum liberari, ut & decurionem per decurionatum, sed tamen *in x. l. Gallus* privilegia suitatis retinere, quasi hæc non omninò à patria potestate penderent, eaque sublata; quia filius sui juris effectus suus hæres, qui in patria potestate non est juxtà terminos huius *l. Gallus*, dici ulterius possit.



CAPVT IV.

Ad §. Quid si filium ejusdem l. Gallus.

SVMMARIVM.

1 *Litera huius §. corrupta.*
2 *Explicatur.*
3 *Aliorum emendatio.*
4 *Fabri emendatio.*
5 *Reicitur; retenta recepta lectione.*
6 *Destruitur Fabri Congeries.*
7 *Nepos de quo hic, pertinet ad sentẽtiam l. Velleiæ.*
8 *Etiam si natus fuisset vivo Avo, ut Faber contendit.*
9 *Sed verius quod natus Avo mortuo.*
10 *Alter Fabri error.*
11 *Quid Repetentes.*
12 *Quid Pragmatici.*
13 *Quæ substitutio revera odiosa, & an fideicommissaria, vel pupillaris contineat gravamen.*

1 QUod litera §. *& quid si filium* huius *l. Gallus* corrupta sit verissimum quidem est, & à nobis quoque observatum, qui ideo in

in *Suspicionum libris* quomodo emendanda nobis videbatur proposuimus. *Nunc autem, & illud* demoustrabimus quod Fabriana emẽdatio, & interpretatio (& si nostra, aut aliorũ non placeat) recipi nullo modo poterit, cuius modi rei, vel ipsum Authorẽ in mala fide fuisse ostendunt ipsissima illa verba *audacior est, & ob id periculosior.* J. Consultus igitur in his quæstionem proponit, *quod si qui filium apud hostes habebat, testaretur, quare non induxere, ut si antequam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tùnc deinde nepos, vel etiam adhùc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet.*

2 Quærit ergò cur hi, qui Aquilianam formulam, *Gallique* Consilium receperunt, & Interpretationibus etiam suppleruut, non accommodarunt formulam ita, ut ea uti posset is, qui filium apud hostes habens testari vellet, nam & huius testamentum periculo subiacet rumpendi. sed cum ita loquutus sibimet ipsi in illa clausula, *adhùc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur* adversari Scevola visus sit; Et non solum *Veteribus*, sed
3 *Cujacio, & Goveano* alijsque *Neotericis* quia ita loquutus, ponebat natum nepotem, patre apud hostes vivo, itemque vivo in Civitate avo, & postea subiuogebat *post mortem scilicet avi*, ideo Qui dixère in adductis verbis usurpatum numerum pluralẽ pro singulari, dictũque *illis vivis* pro *illo vivo*, Alij verò, quibus nequaquam admittendaio hic numerorum confusionem scripsère mutandam literam, legendumque *illo vivo* cum *Goveano* in Comment. secundis ad hanc *l. Gallus*.

4 Sed *Faber* Noster hic sub *n.2.* neutrum recipiens delenda voluit illa verba sequentia *post mortem scilicet avi* legendumque *tùnc deinde nepos, vel etiam adhùc illis vivis nasceretur non rumperet* emendatione usus prorsus inepta, & quæ verba expungat contra omnium Codicum fidem nulla utens probabili coniectura, quæ inelegantem etiam, & incommodam sententiam faciat, & tanto apparatu proponi indignam; nam si dispunctis verbis *post mortem scilicet avi* ponas natum hunc nepotem vivo avo, quia hic casus ad *l. Velleiam* pertinere exploratum erat, non opus ex sententia decidi; quando verba ipsa legis clara erant, & aperta, nec Interpretes aut Authores Aquilianæ formulæ reprehendendi fuerant.

5 Retenta itaq; pro nũc lectione recepta nepotẽ hunc ex filio apud hostes conceptũ, natum vivo patre, sed mortuo avo dicemus: nèc turbare nos debet illud *ipsis vivis*. nam cũ ita loquutus foret Scevola statim se correxit, & se explicando adiecit *mortuo scilicet avo*, ut ostenderet *vivis* pro *vivo* scripsisse. dubitatum itaq; an hic de nepote apud hostes concepto natoque vivo patre, sed mortuo Avo, casus ad *Velleiæ* legis verba pertineret, & quidem non pertinere fatetur Scevola dum pronunciat *nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet*, ratio autẽ cur non pertineat ea sola est, quæ ab *Interpretibus* omnibus animadversa ab omnibus tradita; nempè quia *lex Velleia* de posthumis, vivo avo, natis loquuta est, quia hic posthumus, post avi mortem natus est, ad hunc pertinere non potest, & proinde ad sententiã decurrendo, decidẽdus est casus; & ex hac unica ratione cõprobatur recepta lectio adversus *Fabrum*, nam alioquin si ponas cum ipso, nihil referre, an vivo avo, an eo mortuo, nascatur posthumus, nullam poteris assignare causam, qua motus dixerit *Scevola ad l. Velleiam* hunc casum non pertinere.

6 Neque ea quæ de fictione sub *n.6.* congerit ipse *Faber* concludunt aliquid contrà lectionem receptam, neq; probant quod credit, parum scilicet interesse, an vivo avo, ac potiùs mortuo, nepotem natum proponamus; nàm quinimmò multum interesse ex eo constat, quia, ut suprà dicebamus, si nepos vivo nascatur avo, casus ad aperta *legis Velleiæ* verba pertinebit, eritque decisus in secundo ipsius capite, & ab eodem *Scevola in §. videndum* 14. in hac eadem *l. Gallus*; At si mortuo avo nascatur nepos, tùnc certè difficilior erit eius decisio quoniam, ut hic asseritur, ad *legẽ Velleiã* non pertinet. Et quod in suspenso ius suitatis, sicut & patria potestas remaneat, cum filius apud hostes est, & adhùc vivit, id ipsum concludit. s. desideratam necessariamq; *l. Velleiæ* provisionem, & opportunã fuisse; cum ea sublata non facile huiusmodi nepotes ex filio apud hostes concepti possent institui.

7 Sed non ideo quia dicimus, quod nepos ille qui avo defuncto nascitur non pertinebat ad *l. Velleiam*, sequitur neque pertinere, ad ejusdem legis sententiam, ut malè *Faber* contendit, ex eo inferens *Triboniani* fuisse, non Juris Consulti, verba illa: *melius ergo est, ut in huiusmodi utilitate, &c.* Siquidem potest, & rectè cum desint verba, ad legis sententiam hic casus iusta interpretatione trahi; etenim ex eo quod mortuo tandem apud hostes filio, fingitur ex primo instanti captivitatis decessisse *l. cum hic status* 32. §. *si ambo in fine D. de donat. int. vir. l. si filius* 39. *D. de milit. testam. l. si pater* 10. *l. si filius* 11. *l. in omnibus* 18. *D. de capt.* sequitur quod ex tùnc posthumus, & si in utero, suus adgnatus Avo videatur; nam ex tunc filius suus esse fingitur desijsse, hinc cum in locum suorum successit nepos hic posthumus, rectè dicatur ad sententiam legis *Velleiæ* pertinere.

8 Et quidem pertinet; nam sive hunc nepotẽ ta-

facies ut perperam facit *Faber* natum fuisse vivo Avo; attamen quia tandem filiũ apud hostes defunctũ, fingitur decessisse ab ora qua captus fuit, eo ipso quod hic Nepos post captivitatem patris natus est, fateri cogeris vel invitus natum eũ suum, nã natus eo tempore quo pater qui eum præcedebat fingitur mortuus, quia tandèm apud hostes decessit, ut ipsemet *Faber* fatetur sub *num* 7. scribens: *Nam admittimus quidem suum natum fuisse hoc ipso quod ejus pater jam tum captivus nec postea reversus ab inde mortuus habebatur.*

9 At si ponas quod verum est, hunc Nepotem mortuo Avo natum, quia filius, tandem decedente habetur pro mortuo, ex præãbula captivitatis hora, ex hoc sequetur magis verè, & magis certè Nepotem natum suũ Avo, & posthumũ; posthumus, quia post Avi mortem; suus quia post captivitatem filij, scil. post quam desijt suus esse qui eum præcedebat: At quia hoc omne eveniebat per fictionem, ideò dictum à *Scevola* hujus Nepotis casum ad *l. Vellejam* non pertinere, idest ad verba ipsius legis; cæterum si verum foret sententiam legis ad eos extẽdi qui nascuntur post mortem (si modo nascanrur sui) id ipsum in casu de quo agimus rectè dici nemo nõ videt, nã & hic Nepos posthumus nascitur enim post Avi mortem natum ponimus non illo vivo,) ut perperam *Faber* facit, ita cõfundens speciem hujus §. cum specie §. videndum) & suus nascitur, quia & si pater vivat, demum apud hostes defuncto, fingitur decessisse à prima hora; atq; ita jã inde ex quo Avus in Civitate vivebat cui Nepos suus nasci potuit. Sed replicat *Faber* nasci potuit suus, sed potuit quoque suus non nasci, nam pater qui eum præcedebat potuit ab hostibus reverti atque ita semper vixisse, & semper in potestatem mansisse; Respondeo, quod evenit J. Consultum attendere, & ex ea utilitatem provisionis existimate alioquin etiam in ipsissima Galli formula poterit evenire ut is qui instituitur nascatur non suus, & vivo patre nascatur. Concludendum igitur quòd pertinet, & rectè ad sententiam legis *Velleja* hic casus, sicut & cæteri similes ad ipsam pertinent, nèc incivilitèr Juris Consultum fecisse, qui attendens propositum, finemque legis *Velleja* ex eo quod per eam in uno, aut in altero casu introductum extat, occasionem sumpsit, cætera, quæ tendunt ad eamdem utilitatem interpretatione supplere ex Regula à *Pedio* tradita, & ab *Vlpiano in l. nàm, ut ait* 13. *D. de legibus*, ut & in præcedentibus, & in sequentibus §§. perpetuo fecisse dignoscitur ad finem legis, & ad sententiam attendens. Nam non de supplẽda testatoris voluntate tractabatur, neq; eam opus erat nunc supplete, quandò satis suppleverat, & interpretatione adjuverat *lex Velleja*, sed de ipsa lege exponenda, & porrigenda, quę dum quosdam casus complexa esset reliquos omiserat, contenta proposuisse Regulam generalem, qua rumpendi casus se auferre velle demonstrasset; hanc autem Regulam ejusque rationem ad species particulares aptare atque ità specificare quod sancitum in lege fuerat; hoc inquam ad J. Consultum pertinebat. At quãquam ità nos circa expositionem hujus §. sẽtimus non tamen volumus mordicus eam esse tenendam atque recipiendam; integrum itaq; sit cuicumque dummodo non *Fabro* legis verba resecanti, ac temerè in *Tribonianum* declamanti assentiatur, recipere aut *Taurelli* expositionem vel *Cujacij*, vel *Goveani*, vel si libet Nostri *Valentia* loco citato, aut *Chesij dicto cap.* 49. Nam hæ omnes probabiliores, & *Fabriana* meliores sunt.

10 Illud pro Coronide non prætermittam, quod insulsè quis nobis cum eodem *Fabro* objiceret id, quod *Pomponius in l. commodissimè* 15. *de lib. & post.* & *Paulus lib.* 3. *sentent: tit.* 4. *de testam. §. antepenult.* scripsère, nempè eum, qui in uno casu posthumum instituit nõ videri in altero casu instituisse, idest ut DD. & *Cujacius* in sententijs *Pauli* citato loco explicant, qui instituit ex *Galli* formula non censeri instituere, etiam ex *lege Velleja*. Insulsè prorsùs; nàm posthumum hunc institutum ponimus, si mortuo Avo nasceretur, & natum volumus mortuo Avo, ut totiès inculcavimus, & non vivo, ut pessimè *Faber* facit, qui perversa interpretatione textum in errorem inducit, deindè repræhendit quando in *l. commodissimè*, & apud *Paulum* is qui in uno casu fuerat institutus in altero natus erat.

11 His autem & illod quoque addendum est, quòd quamvis Repetentes antiqui, vel modesti, vel pusillanimi, non ausi sint asserere corruptam esse lectionẽ hujus §. *quod si is* nostræ *l. Gallus* attamen revera talem esse fateri videntur, dum post *Acenrsium*, *Bartolum*, *Baldum*, & similes contendunt non alitèr posse commodè explicari quid sibi velit J. Consultus, nisi verba (*illis vivis*) exponantur, ac si scriptum (*illo vivo*) atque ita plurale habeatur positum pro singulari quippè de patre apud hostes sermo est, eoque vivo, sed
12 mortuo in Civitate Avo, nato nepote. Hinc *Pragmatici* desumunt Regulam, quam in plerisque alijs adducunt quod scil. casus pluralis sumitur quandoque pro singulari, & è contrà, de quo vide *Rolandum à Valle in tractatu de lucro dotis quæst.* 55. *Brunum in tractatu quod stantibus masculis art.* 12. *nu.* 177. Et hinc deducunt, quòd si quis in singulari posthumum instituerit, & plures nascantur posthumi, videtur omnes instituisse. *Oldradus cõs.* 212. *Angelus cons.* 51. *Tuscus concl.* 78. *num.* 1.

nu. 1. *tomo* 8. Quod tamen ijdem *Pragmatici* in odiosis locum habere negant, ideoq; dato substituto ventri, vel posthumo si plures nascantur, evanescere substitutioné velint quod intelliges verum si substitutio fideicommissaria sit; nam hæc est, quæ in sententia eorumdem Pragmaticorum, & Interpretum odiosa, est, & gravamen continet, nō item substitutio pupillaris, aut similis *l. si arrogator D. de adopt.*
13 *ubi Doctores Minadous conf.* 8. *n.* 48. Quamvis hoc an tutum dubitari possit: Siquidē quod vulgò asseritur substitutionem pupillarem favorabilem esse, verum quidem & receptum videtur sed quoad quartam debitam ex *Const. Divi Pij* à Patre Arrogante ut possit ab eo fieri arrogato filio substitutio pupillaris *l.* 1. §. *si impuberi D. de coll. bonorum d. l. si arrogator D. de adopt. l. Papinianus* §. *si quis impubes D. de inoff. testam. l. sed & si plures* §. *in arrogato D. de vulgari* §. *cum autem instit. de adopt. l. ex tribus C. de inoff. testam.* Sicut quod vulgò de substitutione fideicommissaria, quod scil. sit odiosa, & gravamen cōtineat probatur quidē ex tex. in *l. coheredi* §. *cum filia D. de vulgari*: Sed tamen adversus allegatur tex. in *l. si ex pluribus D. de suis, & leg. hered.* in quo videtur probari quod omnis substitutio sit odiosa, & gravamen continens, & è contrario tex. in *l. ab exheredate D. de legatis* 1. & *in l. penult. C. de legatis.* Probāt omnem substitutionē esse favorabilē.



CAPUT V.

Ad tex. in l. si pater 26. D. de vulgari l. posthuma 24. D. de liber. & posthum.

SUMMARIUM.

1 *Quid disquirendum circa hunc tex. in l. si pater filium.*
2 *Utraque sententia, & quod filio vulgaritèr, & quod pupillariter fuerit substitutum, probabilis est.*
4 *Exponitur Iuliani sententia.*
5 *Cur testamentum non caperit à secundo gradu rupto primo, sufficiens Govenni ratio.*
6 *Reijcitur supplementum Fabri.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Quid Pragmatici.*

1 Circa *l. si pater filium* 26. *D. de vulgari* controverti statim solet, an posthumus ille, quem filio impuberi substituisse testatorem proponit *Iulianus* pupillaritèr, an vulgaritèr fuerit substitutus, nàm *Accursius* vulgaritèr substitutum dixit, quod affirmarunt quoque ex *Neotericis* complures, & Princeps eorum *Iacobus Cujacius ad l. commodissimè D. de lib. & posthum.* contrà verò *Iacobus de Ravenna*, & quidam alij, quibus *Faber* assentitur in præsenti, pupillariter substitutum volunt.

2 Ego autem hanc unam earum rerum esse, arbitror, quæ ambiguè in I. Consultorum Responsis proposita sunt, ideòque non à nobis probabilius in uno, quam in aliò modo posset explicari. Hinc existimo primam, communemq; Interpretationem de substitutione vulgari nō solum improbabilem non esse, ut *Faber* asseverat, sed probabilem potius, & idoneam; Nàm si verum est, quod vel ipse negare non est ausus, quod etiàm impuberi filio vulgaritèr substitui potest, aptissimè *Accursij* interpretationem recipient *Iuliani* verba illa, & *ei substituit.* Eo magis quod *Ravennatis* expositio ex eo labefactatur, quod I. Consulti cum de substitutione pupillari loquuntur non ità simplicitèr loqui solent, (& *ei substituit*) sed formulis illis usi si intrà pupillarem ætatem decesserit, si antè decimum quartum annum, aut similibus. Illud verò, quod *Faber* objicit *num.* 1. nempè ex *Divorum Fratrum* Constitutione, vulgarem, substitutionem pupillarem etiam continere, adeòut pupillaris evadat, cum filius Patri hæres extiterit, & in pupillari ætate decesserit: verum quidèm est ex *l. jam hoc jure* 4. *D. de vulgari ex princ. instit. de pupill. subst.* at nō ad rem objicitur: siquidem nos explicamus *Iuliani* scripta *lib.* 29. *Digestorum*, nempè illius Iuris Consulti, qui sub Hadriano floruit, & Edicti perpetui fuit Autor insignis, quique sub Divis fratribus non fuit, & cujus longè post mortem edita constitutio illa est, de qua in *l. jam hoc jure.*

Tamen cum non parùm movere nos debeat, quod filio impuberi substitutum fuisse, dicatur: videtur ex hoc indicari potiùs factā pupillarē substitutionem, aut utramq; fuisse.
4 Ideòque, ut dixi, liberum erit cuilibet quod volet comminiscendi: ideoq; sivè pupillaritèr dicas, sivè vulgaritèr, sivè utroquemodo substituisse Patrem filio impuberi, quem heredem scripsit (*si quis sibi post mortem suam natus fuerit*) concludit *Jul.* in proposito, quod si vivo fratre, posthumus nascatur, testamentum rumpet: ex hac autem conclusione verba illa *post mortem* obscura, & ambigua; nam ad quē referrentur non exprimebant: aperta fiunt, & clara; nàmq; referri ea ad filij instituti mortē nemo non dignoscit: eo quod si vivo ipso filio nasceretur partus, veluti non impleta conditione testamenrum rumpetur, ut ait I. Consultus; Quod si quæras qua de causa rumpatur? posthumi agnatione rumpi Respondet rectissimè *Goveanus*; in eo enim casu in quo na-

nascitur, vivo fratre, posthumus tanquam præteritus rumpet quia non in hoc casu, sed post fratris mortem fuit institutus; unde præteritus nativitate sua testamentum nullum facit.

5 Rursus cur non admiserit *Iulianus* ut rupto primo gradu, testamētum incipiat à secundo, in quo posthumus institutus reperitur? eam rationem *Goveanus* assignat, quia in hoc secūdo gradu filius superstes præteritus reperitur, ideoq; in eo gradu testamentū non potest consistere, quæ ratio non minùs vera, quàm sufficiens, & luculentissima est, & iojustè à

6 *Fabro* minùs sufficiens existimata, ideoque supplenda, ut facit sub *num.* 7. ea de causa, quod posset adhùc obijci, quod verissimum esse ait, sufficere ad validitatem totius testamenti, ut filius in primo gradu sit institutus, nèc esse necesse, ut in sequētib. instituatur, vel exhæredetur, quasi quod vel in ipsa hypothesi de qua agimus non proponeretur ruptus institutionis primus gradus, ideoque quæsitum, Cur non rupto illo gradu, testamentum incipiat à secundo? & quasi quod posset institutio facta in gradu jam rupto juvare, nisi iamen quis dicere velit ruptum quidem primū gradum, sed institutionem filij in eo factam consistere, validamque remanere quod absurdum dicere, & ridiculum est; nam primum gradum ruptum posthumi agnatione cum dicimus, & institutionem factam in primo gradu ruptam fatemur, nam gradum institutionem vocamus. Reliqua verò, quæ *Faber* congerit hic, non aliud continent, quàm periphrasim eorumque *Govean.* strictim, & acutè dixerat, ut quisque observare poterit.

7 Sed cum in constituenda specie hujus *l. filiū* illud dixerimus controverti, an scil. substitutio in ea à parte facta vulgaris fuerit, an verò popillaris? *Repetentes* contenduot vulgarem fuisse, sequuti *Accursium*, *Bartolum*, *Alexandrum*, *Iasonem*, & reliquos. Illud etiā adjicientes, quod cum tractatur de testamēto anoollando substitutio in unum casum facta

8 alium casum non comprehendit, quod passim à Nostris in foro admissum constat ex his quæ scribit *Simon de Pretis lib. 2. de interpret. ultim. volunt. interpret. 3. dubitat. 1. solut. 3. præcipuè a num. 159. & Hieron. Gratus lib. 2. cons. 5. num. 45.*





CAPUT VI.

Ad §. si ejus l. Gallus D. de liber. & posthum.

SUMMARIUM.

1 *Verba textus.*
2 *Quid controversum quidve decisum.*
3 *Ratio controvertendi.*
4 *Primus Fabri error.*
5 *Secundus error eiusdem.*
5 *Tertius error.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Quid de postliminio Pragmatici.*
9 *An hodie in usu sit.*
10 *Quid de suitate.*
11 *Naturalis legitimatus inter suos.*
12 *Ob legitimationem factam rumpitur testamentum, & legitimatus habebit querelam.*

1 IN his verbis, species in §. *si ejus* in *hac l. Gallus* à Iuris Consulto proposita est. *Si ejus, qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris, atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Vellejam respiciat, an adjus antiquum aptandus sit, possitq; vel ex jure antiquo, vel ex Velleja institutus non rumpere, quod quærendum est si jam mortuo filio pronepotem instituat: redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert utrum ex iure antiquo, an ex lege Velleja excludatur.*

2 Et in hac specie uniformitèr apud omnes constat nepotem non rumpere avi testamentum, id enim apertè exprimit *Scevola*. Constat etiam hujusmodi nepotis iostirutionem validam, & ritè factā: At illud in controversiā tunc apud *Scevolam* venerat, quod apud Interpretes, quonam jure valuerit, jure ne scil. antiquo idest ex *Galli* consilio, an verò ex provisione legis *Velleja*? & quanquam *Scevola* parvi momenti hanc controversiam existimaverit, ideòque concluserit, nihil referre; nō idem visum Interpretibus est, qui anxiè id exquirunt; frequentiùs tamèn placuit post *Accursium* utroque jure non rumpere, scil. & ex *Galli* consilio, quia cum hic nepos post mortem sui Patris, & Avi redeat, tùnc nasci videtur, ideòque ad eos posthumos eum pertinere, qui post mortem testatoris nascuntur; & ex *Velleij* provisione attento, quod revera est; nempè nativitate ipsius, vivo testatore sequuta.

3 At

3 At quia in oppositum videbatur ad neutrũ jus pertinere hunc posthumum, & sivè unius, sivè alterius provisionem attenderemus eum institutum non rectè fuisse, quippè *Gallus* de nepotibus nascituris post testatoris mortem loquutus fuerat, & hic ex postliminij fictione, qua semper in Civitate fuisse fingitur, cum tandèm redit, natus est Avo. Et *Vellejus* de his, qui nascuntur quidèm, vivo avo, at in locum suorum adnascuntur, mortuo Patre tractavit; & hic nepos vivo patre suo natus proponebatur; ideò his difficultatibus ab ipso animadversis statim satisfecit *Accursius* in glossis ad hunc §. & post ipsum sequuti *Interpretes*, ut in eorum scriptis videre est. Sed quamvis nil novi *Faber* afferat, adhùc verbosissimè eadem hic proponit, & velut propria, insuper eadem communi sententiæ obijcit: utcumq; tamē quia & si vulgares Responsiones, & solutiones hic recitare non placeat, placet tamen insigniores *Fabri* errores ostendere; quædam hic adnotabimus, dum cætera diximus in *Suspicionum libris*.

4 Primus ergo *Fabri* error in eo est, quod hũc nepotem, de quo in præsenti non nascendo, sed adnascendo avi testamentum rumpere potuisse asserit; & hinc concludit *num.* 14. & sequentibus; ipsius institutionem ad *Gallum* non pertinere: Nec videt quod cum hic nepos natus fuerit vivo solum Avo & mortuo patre, certum est, quod nisi captivitas obstitisset, suus natus foret, & proinde cum jus postliminij natum cum in Civitate fingat, videtur nascendo, non adnascendo rumpere potuisse testamētũ. Nisi dicas quod poterit aliquo modo excusari *Faber*, quia in vulgatis Pandectis disertè scriptum extat, natum hunc nepotem vivo, utroque patre scil. & avo, & hæc sunt verba (*ibique vivo Avo, & ejus filio pariat*) sed debuit ad *Florentinam* lectionem emendatiorem attendere quæ habet (*ibique vivo pariat.*)

5 Secũdus error ex hoc eodem primo nascitur. Dum passim scribit *Faber*, quod ex postliminij fictione hic nepos, de quo in præsenti habetur pro nato, vivo patre, ac avo; ideòque quod cum nasceretur fuerit alienus: Cũ tamen si habeatur ex eo tempore pro nato in Civitate, ex quo natus apud hostes fuit; adhùc quia, ut diximus, cum apud hostes nasceretur, mortuo patre nascebatur: Sequetur ex tùnc suum Avo natum ea de causa, quod ex tunc à patre non præcedebatur in gradu jàm illo defuncto.

6 Tertius error est; dum quod *Scevola*, ait nepotem hunc non rumpere, id ex commixtis capitibus *legis Velleia* secundum *Juliani* sententiam dicere credit, nec videt primò obstare, quod insulsè *Scevola* quęsijsset, an ex jure antiquo excluderetur, quando hæc interpretatione admissa, excluderetur tantum ex jure novo, idest ex *lege Velleja*. Secundò, quod inordinatè præponęretur hic casus alteri à quo pēderet, & de quo *Juliani* sententiam de commiscendis capitibus *legis Velleia* discere nos debebamus. Tertiò non videt, quod sua hac expositione uti certa exploratag; assumeretur *Juliani* sententia, atq; de ea tractaretur tanquam de re vulgata; quando etiam ubi de ea speciatim tractat, fatetur Iuris Cons. difficilem esse, idest cum difficultate aliquando admittendam. Sed cum potiora hæc sint, quæ erroneam reddunt *Fabri* conjecturam, non desunt, & alia, sed ut dixi, jàm ab alijs detecta. neque desunt aliqua recipienda, ut plurimum ab alijs mutuo sumpta, veluti illud est, quod observandum casum propositum in præsenti §. in nepote proponi, & in pronepote decidi; nam id observaverat antè ipsum *Accursius in ver. quod quærendum in prima solut.* & *Iason* ibidem ut monuit *Valenza* noster *in paraphrasi ad hunc* §.

7 Antiqui tamèn Repetentes in expositione hujus §. *si ejus l. Gallus D. de lib. & post. Glossam* sequuntur, & cum *Alexandro*, & *Paulo de Castro* observant in specie proposita illud potissimum dubitatum, ut dictum est, an casus ad jus antiquum, idest *Galli* consilium, au verò ad *legem Velleiam* pertineret? Asseverant tamen hic patrem ante Avum decessisse, quod *Bartolus*, & *Jason* docuit. Verùm cum inter antiquorum expositionem, & *Fabrianam* non magna differentia sit, utramque coniungit *Valenza* ad hunc locum, & utraq; utitur ingeniosè. *Pragmatici* tamen, & Practici insupèr hæc habent, contenti occasione hujus legis, quædam de postliminio, & quædam de suitate dixisse, quæ nos hic adnotamus.

8 Et primò quod ad postliminium attinet, fatentur illius vigore ei, qui apud hostes fuit, omnia ità restitui, ac si nunquàm extrà civitatem fuisset, ut passim ajunt ex §. *si ab hostibus instit. quibus modis patria pot. tollitur* cum *Oinotimo*, & *Nicasio*, & similibus suis authoribus.

9 Secundò an hodiè postliminium, sivè jus postliminij in usu sit, non parùm controvertunt: sunt enim, qui negant, & in dissuetudinem abijsse volint, & sequi se jactant non spernendum authorem *Gasparem Tesaurum lib. 2. qu. 98. nu. 3.* Alij, & magis communitèr in contrariũ existimant, & in usu etiamnũ esse volunt, ideòque his, quæ de postliminio dicta sunt, utuntur, cum tractant de restitutione bonorum facienda bannito plenariè restituto, ut videre est penès decisiones *Rota Romana, Farinacij tomo 3. decis. 465.* Sunt quoque qui in hac materia postliminij distinguendum censeant intèr homines captos ab hosti-

bus, & bona capta, sivè res captas, puta navim; nam ad homines pertinere nunc postliminij jura cōcedunt, at non ad cætera bona prædata, videlicèt navim, & similia, ut videre est in speciebus tractatis à *Tesauro loco citato*, à *Gama decis.* 38. alijsque, quibus doctissimus *Regens Galeota Responso fiscali* 13. *num.* 195. adsentitus est: quamvis reclamate visus sit *Barba cons.* 38.

10 Circa suitatem verò Nostri cum illud in disquisitionem videant, an adoptivus referatur inter suos, quod & *Jason* tractavit ad hūc §. *si ejus sub num.* 9. & alij passim; Disquirere & ipsi quinàm referendi sint inter suos solent, & cum *Tiraquello ad l. si unquam vers. susceperit liberos num.* 8. *C. de revoc. donat. Grasso recept. sentent.* §. *suitas*, & *de Preiis de interpret. ultim volunt. lib.* 3. *solut.* 3. plures adhibere distinctiones.

11 Cæterùm videntur inter suos, & naturalem quoque filium, legitimatum tamèn adnumerasse, dum sicuti agnatione sui hæredis rumpi, ita & legitimatione naturalis filij testamentum volunt anteà factum ex *Abbate cons.* 36.
12 *lib.* 1. Unde *Clarus in* §. *testamentum q.* 84. huic filio legitimato, si præteritus fuerit, jus dicendi nullum testamentum, & si injustè exhæredatus querelam inofficiosi præstandam ex communi Doctorum sententia concludit, & ex *Rimin. Curtio, Zuccardo, Vasquio, & Bursato* in addit. ad ipsum *Clarum* firmat *Manfredus, Goveanus.*



CAPVT VII.

De intellectu §. sed si pater l. si quis filio 6. D. de injusto rupto.

SVMMARIVM.

1 *Non adeo difficilis sententia prædicti* §. *sed si pater.*
2 *Potest tam Cujacij quam Goveani expositio admitti.*
3 *Rejicitur Fabri oppositio quam facit adversus Cuiacium.*
54 *Item quam facit adversus Goveanum.*
Fabriana explicatio refellitur.
6 *Ponderantur textus verba.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Pragmatici instituendum volunt ab Avo Nepotem ex filio heretico dummodo ipse Nepos pater ni criminis non fuerit particeps.*
9 *De filij appellatione, & an veniant Nepotes.*
10 *Nepotes ex filia instituendi ab Avo materno.*
11 *Nepotes ex filio exhæredato sui nō sūt Avo, quia exhæredatio nō tollit suitatem ut dicūt prag.*

1 Quod ex *Vlpiano* refertur in *l. si quis filio* 6. §. *sed si pater D. de injusto rupto*; non adeò difficilè est, ut torquere nos debeat, si bona fide ipsa verba explicare velimus. Etenim quod ibi scriptū (*post mortē Avi succedendo testamentum rumpet*) quando videtur Nepos hic (cujus pater apud hostes erat, ibique decesserit) adnascendo potiùs quam succedendo Avi testamentum rumpere; non inexplicabilem habet difficultatem,
2 siquidem vel cum *Cuiacio, & Dion. Gothofredo* dicere possumus, in præscnti succedere, & adnasci idem significare, & in eodem sensu à Juris Consulto positum illud *succedendo rumpet*, in quo scripsisset *adnascendo rumpet*; vel cum *Goveano*, ideò dicemus à J. Consulto ità scriptum; quia nepos in præsenti non nascendo, sed jàm natus rumpet testamentum Avi; Et utraque explicatio bòna erit, & facilè à *Fabrianis* calumnijs defendetur.

3 Nàm ad id quod *Faber* adversùs *Cujacium* opponit, quod nullo modo possit successio agnatio vocari, quanquàm è contrà rectè agnatio vocetur successio; quia is, qui adnascitur, in nullius locum succedit: id inquam facilè refelletur, dū observabimus, quod cum de nepotibus loquimur natis vivo patre, & proindè, ab alio primo gradu occupato, non possumus dicere eos adnasci, si propriè, & verè loqui velimus; siquidem vivit, ut diximus pater eorum qui ne adnascantur facit, sed quia Iuris Regula dictat, ut qui apud hostes sunt, tamquā nulli sint habeâturq; hæc eadem facit, ut nepotes, qui in Civitate nascuntur locum patris occupent: atque ità in illius gradum succedant. Hinc adnasci hos nepotes avo suo dicimus, sed adnasci succedendo in locū patris ille veluti non esset ex Iuris Regula: quod cum ita sit rectissimè dicetur hos nepotes succedendo in patris locum, & adnascendo Avo testamentum rumpere atq; ita & adnasci, & succedere rectè in præsenti dici, quod vel tandem veritas sub fine *num.* 3. ex ore ipsius *Fabri* fecit excidere dum bonum sensum habere posse *Cuiacianam* expositionem fassus est,

4 Minùs etiam obstat, quod *Goveano* objicit, nempè nepotem in §. præsenti non jam natum, sed nascendo rumpere, etenim aperta Responsio est, deducta ex jure postliminij, quod pendere facit in personam ejus, qui est apud hostes, & suitas, & patria potestas. Nāq; impedit, nè nepos cum nascitur statim rūpat: sed rumpat tandèm cum moritur apud hostes ejus pater, & hinc appareat suus, & quamquā tunc fingatur jàm exinde rupisse, cum nasceretur; quia fingitur patrem defunctum ex quo captus fuit, attamen quia hæc fictio non fit nisi patre defuncto, & ipso nepote jam nato, rectè dicetur cum *Goveano* hunc Nepotem

non

non nascendo, sed jam natum rumpere testamentum.

5 At *Faber* qui *Cuiacij* expositionem, & *Goveani* oculata animadversione repræhendit non vidit quam inepta sit expositio quam *n.* 7. tradidit; vel ex eo quod ineptum I.Consultum reddit: quippè quod si in eo sensu dixisset *post mortem avi succedendo testamentum rumpet*, ut significaret in hæreditate avi nepotem tunc succedendo testamentum rumpere, inepto planè loquendi modo usus foret. Primò, nam illo otiosè dicetur nepotem succedēdo rumpere; si dum rumpit, succedit, nèc bonum *Fabri n.* 8. effugium; nàm cum I. Cons. ad propositam speciem respondeat, in qua non plures gradus institutionis, nèc plures institutiones, & exhæredationes, sed una dumtaxàt facta proponebatur, sivè de filio tractatum foret, sivè de nepote, sufficiebat dixisse *rumpere testamentum*, nèc adijcere oportebat *succedendo*, quādo certum id erat, dum nulla facta exhæredatio; argumentum rei, quod idem I. Consultus in eodem §. in fine, dùm de filio loquitur, ait *iniustum facere testamentum*, nèc adijcit *succedendo iniustum facere*, cum tamèn id potuisset adijcere, ne quis dubitaret, an succederet filius, nèc nè, veluti qui à secundo gradu poterat esse exhæredatus: sed quia hanc dubitationem ineptam credidit Iuris Consultus ideò visum sat esse, quod dixerit filium injustum facere testamentum ut ostenderet succedendo, id facere; at hoc multò melius dicetur cum nulla appareat exhæredatio, aut aliud nil obstet.

6 Secundò illud quoque in *Fabriana* expositione otiosum *post mortem Avi succedendo*, etenim cum de successione in hæreditate Avi tractaretur, quis dubitate poterat, an in hæreditate Avi, vivo Avo succederet? unde opus foret adijcere *post mortem Avi*, an quis crederet viventis esse hæreditatem? sic debuerat ergo scribi, *Ave succedendo rumpet*, & non *post moreem Avi*.

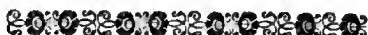
Tandèm & quæ sequuntur, non benè *Fabriano* sensui adaptantur; *quia suprascripta persona ei non obstat*, nam si de successione in hæreditate esset sermo, quomodo hæsitari poterat, an obstaret persona ejus, qui apud hostes erat: cum tamen si de successione in gradu, & in suitate, ut nos exposuimus tractatur, poterat de hoc dubitari, nam adest (& si apud hostes) qui in gradu præcedat.

7 At quamquàm nos conjecturis suis exagitet *Faber*, lectionem tamèn, & sententiam *Vlpiani in hac l. si quis filio 6. §. sed uti pater D. de iniusto rupto* vulgaribus *Interpretibus* plana est, & perspicua, ideòque absque ulla controversia ex ea desumunt, quod nepos, ex filio apud hostes detento, aut exhæredandus, aut instituendus ab Avo erit, cum pater pro mortuo civilitèr habeatur, dum apud hostes est, ut explicat *Gugliel. Benedictis in cap. Rainutius in ver. uxorem nomine par. 1. declarat. 5. n. 55.* Et hinc passim apud eos tractatio de nepotibus necessariò instituendis, de qua *Nonius in comment. ad tit. inst. de exhæredatione liberorum, & Doctores post Salicetum, & Cinum in l. maximum vitium D. de lib. & post.* eorumq;
8 dictis addunt *Pragmatici* etiam nepotem ex filio hæretico instituendum esse, ne rumpat testamentum, ut *Gomezius Leo decis.* 81. in decisionibus diversorum adnotavit; quod locum habere volo dummodo paterni criminis non fuerit particeps.

9 Cætetum cum nepotem parem filio constituant, an filiorum appellatione veniant nepotes disquitunt plerumque, & in pluribus casibus venire affirmant collectis *à Riccio collect.* 1700. nisi appellationi filiorum certa qualitas adiecta fuerit, *Gamma decis. Lusit.* 307.

Rursùs & Nostri à nepote ex filio ad nepotem ex filia transgressi, affirmant illum quoque esse instituendo ab avo materno post *Menochium cons.* 285. *lib.* 3.

Et denique quod de nepotibus omninò instituendis ab Avo dicta sunt, advertunt ea esse intelligenda, dummodo hi nepotes, aut sui effecti, aut sui futuri sint; nam si pater eos præcedat, non idem sentiunt etiam si pater foret exhæredatus, existimantes, quod per exhæredationem suitas non tollatur. *Marcus Mantua singul.* 188.



CAPUT VIII.

Retinctur recepta lectio in §. sive autem ejusdem l. si quis filio D. de injusto rupto.

SUMMARIUM.

1 *Quid in hoc §. continetur.*
2 *Illa nequaquam continuatur species qua in precedenti tractata est.*
3 *Exponitur vera species hujus §. sive autem.*
4 *Decisio Vlpiani, & de Antonini, & Severi rescripto in l. 1. C. de postlim.*
5 *Fabri ratiocinatio suspecta.*
6 *Retinetur lectio recepta, & Fabriana emendatio refellitur.*
7 *Firmatur authorieate Basilicorum, & confunditur Fabrianum commentum de Glossemmate.*
8 *De §. succedens 3. ejusdem legis 6.*
9 *Quid Repetentes.*

 10 *Sen-*

10 *Testamentum eius qui Civitatem, libertatem, & vitam amisit rumpitur.*
11 *An damnati ad mortem validè testentur.*
12 *Quid in damnato ad perpetuos carceres?*

1 SEquitur ex *Vlpiano* in hac eadem *l.6. §. 2. sivè autem in Civitate nepos fuit conceptus, sivè apud hostes, quoniam datur, & partui postliminium, succedendo testamentum rumpit.* Et hæc verba sicuti alterum diversumque ab antecedenti §. constituunt, ità & peculiarem sententiam habent, generalitèr prolatam, & independentèr à superioribus; id verò cum non animadvertisset *Faber*, credidit ob clausulam illam *sive autem* continuare quæ sequuntur antecedentia, & prorsùs eandem speciem tractare quasi quod illud, *sive autem* ex se stare non posset, oporteretque omninò ad aliud referri, & quasi quod non satis referretur si eum de posthumis apud hostes loquutum in antecedentibus foret, postea de posthumis generalis Regula subijciatur, ideò transversa explicatione impulsus, nonnulla in textu motanda voluit adversùs omnium Codicum fidem, idvè quam malè mox ostendemus.

2 Sed illud primò observandum erit, quòd nullo modo admitti poterit quod anxiè contēdit noster *Faber*, hunc §. *sive autem* coniungendum cum præcedenti, & de eadem specie prorsùs esse: siquidem cum antecedens §. duas contineat partes, & in earum prima de nepote agatur non apud hostes, sed in Civitate nato, aut concepto, qui habeat tamèn apud hostes patrem, ut ex illis, *sed si pater eius qui mortis Avi tempore in utero fuit* apud omnes in confesso est: non potest quod scriptum in hoc §. *sivè autem in Civitate nepos fuit conceptus, sivè apud hostes*, ad illum nepotem referri, nisi species mutetur, & dicatur agi de nepote non in Civitate nato, aut concepto, quique patrem apud hostes habeat, sed de patre, & matre captis, aut de uxore capta prægnante, sive de huius conceptione, aut ipsius partus apud hostes nativitate; Ulterius, multò minùs pertinere ad secundam §. partem poterit, ea de causa quod cum in secunda parte adsint illa verba (*quanquam captivus reversus patris sui injustum faceret testamentum in eo præteritus.*) Ex illis intelligimus non de nepote agnascente, & succedente Avo, neq; de nepote, qui post Avi mortem natus sit, ut in hoc §. sivè autem vel ex ipsius *Fabri* sententia, sed de filio capto ab hostibus, aut nato apud hostes tractari, ideoque non idem controverti quod hic. Nec dicas tractari in secunda §. parte de nepote ab hostibus capto, ideòque illud (quanquàm captivus) non ad proximè dicta de testatoris filio; sed ad remota de nepote referenda esse; nàm id incommodè fieri replicabo, & tibi obstat quod adijcitur *patris sui iniustum facere testamentum* non enim patris, sed Avi sui injustum faceret testamentum nepos; nam patris veluti filij familias testamentum nullum erat.

3 Itaque dicemus quod cum in §. *sed si pater ejus* tractatum esset de nepote, cujus Pater apud hostes erat, dictumque esset occasione disputationis institutæ quod hi qui apud hostes sunt, & si non credantur in rebus humanis esse, adeòque non obstent, si tamèn revertātur, patris testamentum injustum reddunt; voluit posteà I Consultus, independentèr ab adducta, aut alia specie, per modum Regolæ generalitèr proponere quod nepotes, qui revertuntur, atque ità postliminij beneficium consequuntur, sivè concepti apud hostes fuerint, sivè apud illos nati, succedendo avi testamentum rumpunt, idest adnascuntur Avo, si eo vivo, desinat eorum pater in vivis esse. Hinc optimè, ut omnia *Jacobus Cujacius* de Vellejana successione in præsēti §. *sive antē* agi nos docuit. Nec ridiculus *Vlpianus* erit, qui moneat nepotem hunc Avo adnasci, reverso cum patre ab hostibus; si mox pater, vivo avo decedat, neque otiosa, aut incommoda captivitatis mentio existimanda erit, ut prorsùs temerè *Faber* obijcit *num.2.* Nàm primò, si ridiculum foret monere nepotes adnasci Avis, cum patres eorum moriuntur ipsis vivis; Utique tanquam ridicula reijcienda erunt tot juris capita, in quibus hoc ipsum Responsum est. Deindè quis non agnoscit, vel ex ipsismet, quæ apud *Fabrum* sequuntur, non injuria dubitari potuisse, an hic nepos adnasceretur, & succedendo rumperet & an postliminium juvare ei posset, veluti illi, qui neq; ex Cive Romano, neque in Romana Civitate natus, aut saltèm conceptus fuerat: nàm si saltem conceptus pro nato ad sui cōmodum haberetur, & semper in Civitate fuisse fingeretur: quod cum non fuerit, utique justa cum ratione apud I. Cons. dubitabatur, an postliminio locus esset.

4 His tamen non obstantibus, quod secūdò observandum erit, concludit in hoc §. *Vlpianus* nepotem sive in Civitate, sive apud hostes conceptum succedendo testamentum rumpere, si tandèm cum patre suo fuerit in Civitatem reversus, idque ex ea ratione, quòd partui quoque detur postliminium, unde intelligimus fictionem postliminij filios apud hostes natos, si quandoque Revertantur compræhendere, hoc autem cum in nepote, qui in Civitate fuerat conceptus nullam pateretur difficultatem, haberet tamèn, & maximam in nepote apud hostes concepto, & nato: ea de causa, quod hic captus non erat, & proindè postliminij beneficio gaudere non posse vi-

de-

deretur, ex his, quæ fecerant rationem dubitandi apud *Severum, & Ant. in l.* 1. *C. de postliminio.* ideout occurreret *Vlp.* difficulrati dixit, *quoniam datur, & partui, &c.* hoc modo perstringẽs *Severi, & Antonini* citatũ Rescriptum eoq; utens: nãq; vulgatum erat, & ipsemet *Vlpianus* adduxerat adhùc alibi, nempè in *l. apud hostes* 9. *D. de captivis.* Sed quia investigandum restabat quomodo specie in proposita postliminium detur eo quod extrema inhabilia sunt, ut dictum est; & *Faber* repræhensis *Cujacio*, & Interpretibus qui dari hoc postliminium ipsi partui dixerant, ait id sub *num.* 4. dari illud patri, & ex hoc evenire, ut liberis quoque prosit ratione correlativorum. hæc tamẽ ratiocinatio mihi suspecta redditur, & obscura, & ad textum ipsum incommoda ea de causa quod cum pater, qui apud hostes filios suscepit, & ipse filius familias sit, nullamque ideo in progenie sua paternam habeat potestatem, non habet jus postliminij ei quid reddat; nã & ipse non habuit quid amitteret planiùs ergo, & forsan meliùs dicemus postliminium patris juvare filios, eo quod fictio per postliminium introducta, ità introducta est, ut filijs quoque prosit, cum de ipsis quoque fingi necessè sit; nam si proponas Civem Romanum ab hostibus captum, cum uxore sua, tandèm cum ipsa reversum in Civitate secum adduxisse conceptos apud hostes sibique natos filios, an non statim dicemus admissa postliminij fictione semper hunc patrem, & conjugem suam in Civitate fuisse? hoc autem cum ita fuisse fingimus, sequitur necessariò ex eadem fictione ut filios ipsos in Civitate conceptos, & naros, nos asseramus; nisi dicas parentes quidem semper in Civitate fuisse apud tamẽ hostes liberos generasse, & suscepisse. Igitur fictio postliminij quia conjuncta in patre cum filiorum causa est, & commodè utriusque causa separari non potest, facit ut utrosq; juver, & hoc est, quod in suo illo Rescripto expressère *Severus, & Antoninus* dicentes *parentum restiutio reddet patri filiam*, idest parentum restitutio faciet, ut suscepta filia, tanquam eorum qui semper in Civirate mansiste fingitur, in Civitate cõcepta, & nata atque eis nata videarur: nam & si ejus qui apud hostes sit suscepti liberi alterius hominis videnrur esse filij, ut in deportato scripsit *Vlpianus in l. ex facto* 17. §. *ex facto D. ad Trebell.* attamèn postliminium faciet, ut nõ solum si cum patre revertantur, sed etiam (ira jubentibus Imperatoribus) si cum matre sola mortuo apud hostes patre, suæ ex persona matris, quanquam hujus nulla sit patria potestas, fictioni sit locus habeaturque, ac si mater semper in Civitate fuißet; ibique concepisset, & parturijsset.

5 Ex his autem, quæ dicta sunt, illud primum convincitur quod cum scripserit in hoc §. *sive autem* noster *Vlpianus* postliminium competere nepotibus, inrelligere debemus supposuisse eum quod & *Cujacius* monuit reversos nepotes in Civirarẽ cum patre suo, alioquin quomodo ex hujus persona postliminium illos juvaret, & hinc egregiè *Fabrum* falli, qui in præsenti sub *num.* 13. inculeat, & ponit eos tantummodo; non irem, & Patrem suum ab hostibus reversos, ut ita *Vlpiani* sententiam contra mentem, & verba ad solos nepotes conceptos in Civitare coarctet; Cum tamen ut diximus non hæc species tractata, sed generalitèr de conceptis, & natis apud hostes dictum, quod illis jus postliminij competit, idq; ex persona parentum scilicet tum patris, tum etiam (ut ab Imperatoribus rescriptũ) matris, si filij patre defuncto revertantur in Civitatem cum sola matre, ut diximus; quoniam dum fingitur in Civitate hãc fuisse, in Civitate concepisse, quamvis apud hostes concepisset, & in Civitare tandèm parturijsset, hæc fictio partum juvat, ut adnascendo, & succedendo, possit Avi paterni testamentum rumpere.

6 Rursùs ex dictis convincitur quod omninò sit retinenda recepta lectio in hoc §. *sive autem* nam à nobis ut supra explicata optimum habet sensum: quem etiam ex eo confirmamus, quòd admissa *Fabriana* emendatio, facit ineptè loquentem *Vlpianum*; qui per modum sententiæ generalis loquutus pronunciasset, *sive etiam in Civitate nepos fuit, sivè apud hostes; quoniam datur & partui postliminium*, quippè si in Civitate nepos fuit, quomodò ei postliminium competet? an dicemus illud competere, nõ solum ei, qui captus ab hostibus, sed etiã ei qui semper fuit in Civitate? planè hoc inconveniens, ut *Faber* evitare posset subiecit sub *num.* 15. quod verba illa *in Civitate fuit*, referuntur ad mortis Avi tempus; pessima, & incommoda inversione, etenim si id nobis significare voluisset, *Vlpianus* scripsisset, *dum Avus* moriebatur, aut
7 simili modo usus. Denique observandum erit ex dictis quod quamvis *Faber* non aliud agat quam supponere, & suadere, quod nepotes de quibus hic non cum patre, sed illo apud hostes defuncto, fuerint, in Civitatẽ reversi, id tamen addere *Vlp.* ausus non est: Sed post quam verbosa disputatione nos faticavit nescio quid de glossemmate imperiti Interpretis somniat, quando recepta lectio tum ex latinorum, tum firmatur ex Græcorum libris, *nam Basilicorum lib.* 39. *tit.* 2. *cap.* 6. §. 3. disertè scribitur *sivè in Civitate, sive apud hostes conceptus nepos, & præteritus, succedendo rumpet testamentum; nam & conceptus apud hostes postliminium habet.*

8 Cæterùm quæ sequuntur apud *Vlpianum*

succe-

succedendo itaque sui non rumpunt sive fuerint instituti, vel exhæredati ab eo gradu ad quem hæreditas defertur, quia tertium diversumque §. constituunt; ad antecedentis expositionem non pertinent admodùm, & si in illis agatur etiam de *Vellejana* successione, quod ex sequentibus tàm clarè patet, ut quo *Faber* effugiat non habens, idipsum mox negare mox affirmare cogitur.

9 Ad hæc quoad literam textus §. *sive autem* in ea diversam, novamque sententiam contineri à præcedenti distinctam, & alium sermonem institui *Repetentes* omnes fatentur, ideòque cum illam explicent, passim scribunt post *Bartolum* à quo per manus traditum, quod nepos apud hostes, vel in Civitate conceptus, si præteriatur, rumpit testamentum; quoniàm & partui quoq; suum est jus postliminij, & si quandoque hujusmodi nepotes, quanquam præteritos testamentum non rumpere adnotaverit *de Benedictis ad cap. Rainucius ver. & Soboles quam gestabat num.* 43. *p.* 2. & post eum nonnulli.

10 Ad §. 5. subsequentem, scil. ad §. *irritum*, quem & *Faber* hic vexat, Regulam adnotant, quod ejus, qui Civitatem, libertatem, & vitã amiserit, testamentum quoque antea factum irritum fieri consequens est, quod à *Bartolo*, *& Baldo* traditum explicavit, *Covarruvias in epit. decret. rubr. de testam. par.* 3. *num.* 26. *Vasquius contr. illustrium lib.* 2. *cap.* 96. *nu.* 2. *& de success. resolut.* §. 3. *num.* 34. *& Grassus*, quẽ sequuntur frequentiori calculo *Pragmatici recept. sentent.* §. *testamentum q.* 26. Hinc
11 quæstio illa orta, an damnatus ad mortem possit testamentum condere, & an si fecisset irritum fiat sequuta cõdemnatione, ad quam Responderi solet magis communitèr, quod revera inspecto Digestorũ jure, dãnatus ad mortem non possit testari, nisi per appellationem sententia foret suspensa *Ursillus ad Afflictum decis.* 196. *& Consil. Hodierna ad Surdum decis.* 112. *nu.* 8. idque expressum esse in *l. qui à latronibus* 13. *D. qui testamenta facere possunt.* Ea quidèm ratione, quod per condemnationem pœnæ servus efficiatur, ut *Pragmatici* omnes existimant cum *Julio Claro in* §. *testamentum quæst.* 21. Sed quia jus Novellarum hodie alitèr obtinet, poterit id ei concedi, & quamvis sententia hæc plerosque habeat cõtradictores tùm ex antiquis, tùm ex Neotericis ab *Harpecto in addit. ad Clarum* adductos, attamẽ quia benignior, & æquior est, ideo est in Praxi receptior, ut idem *Harpectus* fatetur.

12 Cæterùm illud apud omnes constat, quod condemnati ad perpetuos carceres, vel ad triremes testamenti factionem retinent, ut idem *Clarus* testatur *quæst.* 23. ubi latè idem *Harpectus*.



CAPUT IX.

Ad §. forsitan ejusdem l. Gallus 29. D. de lib. & post.

SUMMARIUM.

1 *Hunc tex. obscurum, & corruptum fatentur omnes.*
2 *Vera ratio dubitandi, & decidendi jam allata.*
3 *Faber nil melius attulit.*
4 *Quomodo defendi possit Florentina lectio.*
5 *Item in Verbo adoptatur.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Non omnis præteritio testamentum rumpit, & quæ.*
8 *Qui nomen paternum habet præsumitur natus posthumus.*

1 FAtentur Interpretes omnes tùm antiqui, tùm Recentiores obscurum esse, & corruptum textum in §. *forsitan hujus l. Gallus D. de lib. & post.* Hinc ad eum attulère varias explicationes, variasq; emendationes: at quia quid nobis post doctissimos viros visum fuerit alibi diximus; Nũc illud tantũ monemus, quòd admissa in præsenti §. *forsitan* nepotis institutione, & supposito nepotem ipsum fuisse ex præscripto *Aquiliana* formulæ institutum, ut *Raphael Cum. Iacobus Cujacius*, *& Ant. Goveanus* scribunt, ex quibus & *Faber* hic, & antè omnes *Aretinus*, coniectura ductus adverterat, ut *Dion. Gothofredus* ad dictum tex. notat.

2 Admissa itaque hac expositione, non solũ vera, & perspicua, sed etiam optima; dubitandi, utrum idoneè fuerit institutus, necnè, & decidendi pronepotis patrem non rectè institutum esse, Ratio ea fuit; quod institutus nepos in eum casum fuerat, quo post testatoris mortem nasceretur, ut idè *Cujacius*, *& Go-*
3 *veanus* monent. Unde constat quam temerè agat *Faber*, qui dum aliquid meliùs dici posse scribit *num.* 4. hoc dixisse credit, asserens: nepotem hunc ideò non rectè institutum; quia non testamenti tempore dumtaxàt, sed etiam cum natus, alienus posthumus fuit, non suus; Quandoquidèm dum in eo potissimùm *Galli* provisionem consistere sciamus, quod fassus est vel ipse *Faber* pluriès in antecedẽtibus capitibus, ut non priùs posthumus instituatur, quàm suus fiat: sequitur insulsè dici in præsenti, ideò posthumum nepotem non rectè institutum, quia alienus fuit, cum

na-

nasceretur, & cum testaretur Avus; nàm si alienus, ergo non institutus; dùm tùnc institutus, cum suus; præteritus itaque hic nepos erit, veluti ille, qui in eo casu nascitur, in quo institutus non est, & proinde in quo præteritus ut ponebant *Accursius, & Antiquiores*; forsàn in hoc sensu (nam generalitèr præteritum, nulloque modo institutum eum, quem cum non benè institutum dicit J. Consultus institutū supponit nemo dixisset.) Ex his autem apparet quod nequaquam bona Ratio illa est, quòd ideò non rectè hic posthumus sit institutus, quia alienus erat utroque tempore, siquidè ut dicebamus si alienus ergo nō institutus; itaq; non dicemus nō institutum. Sed malè hunc nepotem institutum cum *Cujacio* quinimò cum *Scevola*: malè scilicet institutum in unum casum dumtaxàt, non in utrumque ex præscripto *Pomponij in l. commodissimè* 10. *D. de lib. & post.*

4 Admonemus secundò, quòd & si in specie præsentis §. natus posthumus pronepos mortuo patre suo, & Avo, idest mortuo testatoris filio, & nepote, ponendus sit; ideòque ab Interpretibus omnibus magis communitèr vulgata lectio, quæ habet *mortuo Patre, deinde Avo* præferatur *Florentinæ*, in qua scriptum extat *vivo Patre, & Avo*. Non tamèn omninò videtur reijcienda eadem *Florentina* cum possit defendi, & ità explicari, ut illud *vivo Avo, & Patre* in tertio casu, non in septimo cum *Valentia* nostro hic ponatur, quod, ut commodè fiat, non Patre, sed Patri legas, restituasq; lit. I. in E. mutata transcriptoris aut temporis injuria. Et sensus erit, hunc pronepotem vivo Avo, & vivo patri nasci, idest subrogari ipsis, & eorum locum occupare.

5 Tertiò tandem admonemus verbum, *adoptatur*, in postrema hujus §. clausula: *Ergo & si pronepos admittetur qui natus erit ex nepote postea vivo filio, ac si ex eo natus esset, adoptatur*, nec spurium eße, ut *Faber* censuit, nec delendum, dum & bonum sensū habet, & in Codicibus omnibus adest, & quamquam non in eo sensu positū, in quo Antiquiores credunt, nescio quam adoptionem apud hostes celebratā comminiscentes; erit tamen in eo sensu, ac si scriptum esset: *Ergo & si pronepos admittetur, qui natus erat, ex nepote postea vivo filio: adoptatus*, subintellige is pronepos (*atqui ex eo natus esset*) unde ly *adoptatur* pro *adsciscitur*, vel *adsumitur* stabit, nec sine exemplo, quanquàm *Faber* id nolit *num.* 24. nàm *adoptare* ministros pro *adsciscere* apud *Varronem lib. 4. de lingua Latina* observarūt *Prateyus, et Calvinus. rursus te mihi adopto* ad meam salutem apud *Plautum*. & actorem *totius causæ adoptavit* apud *Ciceronē*, & similes locutiones apud sexcentos idoneos Authores, Grammatici omnes passim observant.

6 Insuper, hunc §. *forsitan* varias habere difficultates tùm in constituenda specie, tùm in litera explicanda inconfesso quoque apud Repetentes est: quamobrem, qui meliora ad rem adduxère *Neoterici, Cujacius, & Goveanus*: mutuati ea videntur à veteribus Interpretibus scil. *Raphaele, Cumano, & Aretino*, ut fatentur ingenuè *Valenza*, & *Dion. Gothofredus*.

7 Est etiam ex hoc §. apud omnes in comperto, quod non omnis præteritio testamentum vitiat, & quod mutatio cōditionis hæredis instituti non vitiat substitutionem, ut *Baldus*, & *Jason* scripsère, hinc sumpta occasione explicari solet, quænam præteritio rumpat testamentum, & quæ non rumpat post *Baldum cons.* 18. & *de Benedictis in cap. Raynucius, ver. testamentum relinquens par.* 1. *à num.* 234. à quibus petat qui volet.

Solet quoque apud Pragmaticos in his quæstio de substitutione conditionali agitari, & quæri, an & ipsa vitietur, conditione non existente? quod plerique affirmant, alij negant unde videnda erunt quæ disputantur apud *Cevallos quæst.* 369. aliosque.

8 Est & illud adnotandum, quod cum usu receptum sit, ut ei, qui posthumus nascitur idem prorsùs nomen quod Pater prædefunctus habuerat in baptismo imponatur, Practici ex hoc deducunt, quòd Is qui paternum nomen præfert posthumus natus præsumitur, ut *Gratianus* adnotat *discept. cap.* 267. *num.* 18. & *sequ.*



CAPVT X.

Ad §. in omnibus, nostræ l. Gallus.

SVMMARIVM.

1 *Quid Scevola in hoc §. monet apertum est.*
2 *Sed ambiguum an filius oporteat expresse institui, an vero sufficiat per subintellectam institutionem.*
3 *Bart. sufficere voluit, cujus sententia probabilis.*
4 *Occurritur Fabri effugio.*
5 *Dissolvitur obiectio.*
6 *Confirmatur Bart. sententia ex Africano.*
7 *Item ex Scevola, & ratione.*
8 *Vindicatur à Fabriana calumnia Bart.*
9 *Explicatur, & defenditur quod vulgares Interpretes dixerant in hac materia.*
10 *Hi etiam institutionem filij præcedere institutionem nepotis, Aquiliani voluere.*

11 Sed

11 *Sed an sufficiat per subintellectam, quidam affirmant, alij negant.*

12 *Pragmatici jure Justinianeo expressam institutionem exquirunt.*

13 *Etiam si fiat substitutio vulgaris.*

14 *Non esse admittendam conditionalem institutionem sentiunt, sed tantum si facta sit sub conditione potestativa.*

15 *Quid si hujusmodi conditio fuerit contra bonos mores?*

1 QUis non intelligit ex his, quæ *Scevola* in hoc §. monet *in omnibus his speciebus illud observandum est, ut filius dumtaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit hæres institutus; nam frustra exhæredabitur post mortem suam*; quis inquam non iotelligir in omnibus speciebus propositis filium exhæredari non posse; nàm post mortem suam exhæredaretur contrà Regulam tex. in *l. si ita scriptum*
2 13. §. *ultim. de hæred. instit.* ideòque saltèm aliqua ex parte esse instituendum: & rameo illud ambiguum adhùc est, utrum hic filius eò ipso quod positus in conditione fuit à patre dum nepotē ex eo iostituebat, institurus & ipse videatur, ao verò id fieri peculiaritèr, & expressis verbis oportebat? ambiguum sanè; nàm quanvis frequentiori calculo tùm ab Antiquis, rū à Neotericis expressis verbis institutionem faciendam esse conclusum fuerit, suot
3 tamèn Nonnulli, & nō modicæ authoritatis, qui taciram satis esse credant, ideòque sufficere, quod in conditione filius sit positus ne præteritus dici possit, & in hoc *Bartolum* ipsum, Interpretum Antesignanum sequi jactant, neque improbabilibus rarionibus propriam sćorentiam fulciunt; nam Primò adducuot pro ea, quod respondetur in *l. cum in testamento* 37. *D. de hæred. instit.* ibi, *cum in testamento ita scribitur si filius meus, me vivo, morietur, nepos ex eo post mortem meam natus hæres esto; Duo gradus hæredum sunt*; ità enim *Julianus* fatetur unico verborum conrextu, & institutionem in filij personam, & substitu-
4 tionem in personam nepoiis factam fuisse posiro in conditione filio. Nèc effugit *Faber* dum sub *num.* 4. causatur adductum *Juliani* locum explicandum ex hoc §. *in omnibus*, & supponendum institutionem primi gradus præcessisse expressè factà. Nàm occurritur tum ex eo quod nequaquam *Juliani* locus, qui apertus est, suppleri, & explicari debet ex *Scevolæ* hic dictis, quæ non satis explicita, quādo vice versa hic tex. *Scevola* deberet ab illo *Jul.* adjuvari, & exponi. Tum etià quia dato, quod *Julianus ex Scevola* explicandus; dato supponere eum institutum filium, adhùc quomodo insiitutus? erir in quæstione. nam nec *Scevola*, quomodo fieri institutio filij, & an expressè an vero tacitè factam esse sufficiat. Nec *Julianus* qui factam supponit aliter factam quam tacitè præfert. Rursùs nonnisi temerè institurionem expressè factā præcessisse dices; no enim tam ineptus *Julianus*, qui dubitasset, aut dubitari posse crederet, ao facta expressa in ptimo gtadu institutione, & facta quoque in secundo, duo gradus hæredum essent, non uoicus dumtaxàt; & denique quis non videt quod J.Cons. verba, à *Fabriana* exposirione reclamant, dum ita se habent, *cum in testamento ita scribitur. Duo gradus hæredum sunt*. Significantia noo ideò duos esse gradns hæredum, quia duo institutiones expresse factæ; sed quia ità io testamenro scriptum est unico verborū contexru, & una facta expressa institutione *Nepos hæres esto*, altera tacitè *si filius me vivo moriatur*.

5 Nèc striogit, quod in *l. si ità scriptum* 47. §. 1. *D. de hæred. instit.* proponatur primo loco institutio facta, expressis verbis, deinde secunda adjecta ex *Galli Aquilij* formula 3 oàm sicuti non negamus testatores consuevisse, & potuisse id facere, irà dicimus defendi cum *Bartolo* posse non eos prorsùs cogi ad ita faciendum.

6 Secundò pro eadem sententia adducitur, quod *Africanus* scripsit in *l. si mater* 33. §. 1. *D. de vulgari. si filius, & ex eo nepos posthumus ità hæredes instituantur, ut Gallo Aquilio placuit*; nàm in his verbis innuere videtur J. Cōsultus, quod ex formula *Galli* filius, & nepos iosimul institui possunt, atqui in prædicta formula non continetur expressa filij institutio: veoit ergo ille institutus ex eo, quod in conditione positus est. Hinc in §. idem credendum hujus *l. Gallus* dicitur rectè testatum eum, qui irà dixerit: *Si filius, & nepos, me vivo, morietur, tunc mihi qui pronepos hæres esto*. Cum tamèn oullam de institutione expressa filij mentionem in hac formula videamus.

7 Tertiò adducitur aperta Ratio: nàm alioquin maneus certè, & mutilus *Gallus* fuisset, qui omisisset io formula ab eo adinventa, quod præcipuum erat, nempè filij institutionem.

Et si dicetes frustrà *Scevolam* hic monère, instituendum filium esse, si eo ipso, quod in conditiooe ponitur censerur institutus. Respoodebo quod non frustrà id monet, nam facit eo fioe, ut nos doceat exhæredari filium dum instituitur nepos non posse: ità enim loquitur: *Sit hæres institutus, frustra namq; exhæredabitur*. Sanè cum exhæredatur tunc tacitè institurioni occurritur, atque ob expressam dispositionem excluditur.

8 Cum ergo *Bartoli* & aliorum quorundam seutentia, quod in institutione nepotis secuodum *Galli Aquilij* formulam concepta videatur & filius quoque institutus, iosum

filium

filium, tanquam institutum habeat, quis adeò credulus, & simplex, ut existimet *Bartolum* voluisse filium, de quo agimus præteriri potuisse, quod ei *Faber*, & *Castrensi* apponit *num.7.* Cum tamèn animadvertere debuerit, vel ex ipsomet *Castrēsis* loco, nequaquàm dicere *Bart.* in præsenti præteritionem haberi pro tacita institutione, sed dicere institutionem expressam nepotis continentem conditionem expressam de morte filij, ejusdem filij institutionem continere, ideoque non præteritionem, sed tacitam filij institutionem admittere. quod autē quandoque hunc filium ità institutum appellaverit præteritū; ut non expressè institutum, & apertis verbis fuisse eum exprimeret, nil ad rem; *Bart.* namq; *Castrensis*, & ferè *Repetentes* omnes verbis plerumque abutuntur. hocque patet, nam & si ponas hunc filium expressè exhæredatum, quia post mortem nulliter exhæredatus, vocant etiam eum præteritum: Cæterùm ut diximus ad verborum potiùs sententiam attendendum quam ad verba captanda, & non præteritionem habere pro institutione, sed institutionem, & si tacitam, pro institutione.

9 Insuper & ea quoque quæ de extraneo dato cohærede nepoti Doctores disputant (quo casu volunt quod possit filius exhæredari) si rectè explicentur, non malè, sunt dicta, & iniuria à *Fabro* in præsenti à *nu.8.* repræhenduntur, siquidem, primo cum filius exhæredatur, extraneusque instituitur, non est ponendum quod fuerit institutus extraneus, & cum nepote in eadem institutionis formula conjunctus, ita ut conditio mortis filij utrique fit imposita, nepoti nempè & extraneo, dictumque fit, *filius meus exhæres esto, si filius, vivo me, morietur, tùnc nepos & Titius hæredes sunto*, quippè si ità institutio facta proponeretur, verum foret, quod *Faber* ait, cohæredem nepoti datum, & in eodem gradu cum illo scriptum, non prius adire posse quàm filius decedat, unde per consequens quia non priùs exhæredatio valebit: adhùc in hac specie de cohærede dato, filius post mortem suam exhæredatus videbitur contra *Scevolæ* monitum, & Juris nostri Regulas.

Sed est ponendum nepotem quidèm Institutum ex *Galli* formula, *si filius vivo testatore, moriatur*, eique datum cohæredem extraneū, sed simplicitèr nulla adiecta conditione de morte filij, & filium exhæredatum idque hoc modo, *filius exhæres esto, Titius hæres esto, si filius, vivo me, moritur, tunc qui ex eo nepos, &c. hæres esto.* Quis in hac specie audebit negare verissimum esse, quod Interpretes sentiunt, exhæredationem filij valere, nèc expectare oportere cohæredem, ut filius moriatur, neque enim videbitur in hoc casu post mortem suam filius exhæredatus eo quod potest hæres, quia simplicitèr institutus, statim adire, & vivo filio, unde statim exhæredatio vires accipiet; nec obstabit quod nepos fuerit sub conditione mortis filij institutus, nam sufficit Titium purè fuisse institutum, ut sanè non obstaret illi si dicto modo ipso instituto purè, nepos sub alia quadam conditione fuisset ab Avo institutus, planè quanquàm in eodem gradu extraneus, & nepos instituti proponantur non ideo sequitur ut non possit alter nempè Extraneus hæres hæreditatem adire, nisi & nepos quoq; adierit, sivè adire possit; quando hic ut diximus hæres institutus adiecta conditione fuit, non itèm ille. Igitur in his terminis, vel ex eo tempore, quo fit testamentum, & filius exhæredatur, certum est testatorē habiturū hæredē (si nil aliud extrinsecùs eveniat) et proinde nō esse eundē filium post mortem suā exhæredatum ad illud tamen oportet advertere ut filius, qui exhæredatur à toto gradu exhæredetur, ut in exemplo posito; non à sola persona quandoquidem si à persona exhæredaretur nō rectè exhæredatio procederet, ut Iuris Regulæ dictant, & neque si in persona nepotis non posset institutio valere, nisi post filij mortem exhæredatio à persona extranei consistet: hinc si ponas patrem exhæredasse filium, & instituisse Titium, Cajum, & Sempronium, verum Cajum, & Sempronium, si post filij mortem Capitolium ascenderint, hæredes esse jussisse, dicendum erit filium à persona tantum Titij exhæredatum fuisse, non à toto gradu.

Hæc autem à nobis volumus dicta ex *Bartoli* sententia, non autem ex nostra; nos enim, & ab ipso, & à *Fabro* recedimus, aliamq; invehere, & firmare conati sumus in *Suspicionum libris*. Nunc quid alij adduxerint ad hunc eundem locum attendamus.

10 Et quidem primò *Scevolæ* in hoc §. *in omnibus* monitum apud omnes receptum est, ideòque omnes passim clamant quod necessario filius in primo gradu positus erit instituendus, ut post *Bartolum*, *Baldum*, & similes, docent *Emanuel a Costa* ad hanc *l. Gallus* §. *quod si tantum par.1.num.9.* *Mantica de coniect.ult.vol.lib.4. tit.1. num.26.* & *Decius consil. 478.*

11 Sed illud nō apud omnes constat, an hujusmodi institutio facienda de filio, opus sit ut fiat expressè, an verò sufficiat tacitè fieri, & subintelligi, & utrum censeatur subintellecta eo ipso quod filio substituitur secundum *Galli Aquilij* formulam, nā quamvis *Neoterici* quidam non sufficere subintellectam institutionem velint, & *Galli Aquilij* formulam verba conditionalia, & enunciativa continere, non dispositiva dixerint, ut non solū *Faber* hic contendit, sed *Valentia* tanquàm certum

assumit, & *Forcatulus Meciomāt.iuris.c.*9.sibi revelatum somniat, contrariū alij existimāt, & sufficere volunt, quod filius institutus sit, & si non expresse, sed per necessariam consequentiam,& quod institutio recte facta subintelligatur ad substinendum testamentum, & horum sententiam non improbabilem esse

12 supra monnimus; Quamvis *Pragmat.*in hac requā maximè eredant *Mantica*, qui *de coniect.ult.vol.lib.*4. *tit.*1. *num.*17. postquam tres aliorum sententias retulerit, & discusserit tandem inclinare videtur sub *nu* 19.in eā, quę docemur, quod & si videri possit secundum Galli Aquilij formulam, filius tacitè institutus,id tamen hodiè non sufficeret quia expressa institutio iure *Justinianeo* requiritur, sicut nec sufficeret, si filio legatum relinqueretur, ut idem subiungit.

13 Hinc cum substitutio vulgaris sit (quam passim nostri cum substitutione Aquiliana confundunt, aut eādem esse cum illa volunt) necessariò esse filium in primo gradu instituendum expressè nec sufficere implicitam institutionem concludūt cum *Grasso in* §.*substitutio q.*8.nonnulli cum quibus, *Fusarius de vulgari subst.q.*20.

14 Rursus, & pro explorato habent ijdem *Pragmatici*, quod non sufficiat filium in primo gradu positum sub conditione instituere casuall, vel mixta, sed tantum id posse sub potestativa *ex Julio Claro in* §. *testamentum q.*39.ad quem *Harprectus*,plura de conditionibus notar, & exhæredatum censendū filiū esse in defectū conditionis casualis ad hoc,ut testamentum valeat, monet, id quod quandoq;limitari, voluit *Duenna regula* 368.

15 Sed tamen parùm probandum quibusdam videtur quod idem *Clarus* scribit loco citato ex *Joanne Dilecto de arte testādi tit.*3.*caut.*4. *num.*2. scilicet, conditionem potestativam ab institutione filij non reijciendā, dummodò nō sit contrà bonos mores; nàm si contrà bonos mores sit, reicienda siquidem huiusmodi conditio contra bonos mores non reicitur sed potius labefactat, & invertit institutionem nt Respondet Juris Consultus *in l. filius D.de cond.instit*, adnotarunt veteres *Repetentes* cum *Soccino in l.non dubitamus D. de cond.instit. & Baldo,Corneo, Decio ad l. si pater C.de instit.& sub.* ut *Manfredus Goveanus, in* additione ad ipsum *Clarum* advertit; nisi dicamus *Clarum, & Dilectum* scripsisse conditionem potestativam contrà bonos mores reiici pro eo quod dicere volebant non esse eam implendam, ut ita opponerent conditioni potestativæ, quæ contrà bonos mores non sit, quam esse implendam volebant.



CAPVT XI.

Cur ad Aquiliani nepotis institutionem non sufficiens fuerit vulgaris substitutionis formula.

SVMMARIVM.

1 *Ratio cur substitutionis vulgaris formula non fuerit sufficiens; quæri solet ab Interpretibus.*
2 *Fabriana quæ est.*
3 *Impugnatur.*
4 *Nos alibi attulimus.*
5 *Repetentes confundunt formulam institutionis Aquiliani Nepotis cum substitutione vulgari.*
6 *Pragmatici hos sequuntur.*
7 *De viribus particulæ tunc.*

1 DIsquirunt melioris notæ *Interpretes*, nèc intempestivè cur non sufficiens visa fuerit vulgaris substiturionis formula ad Aquiliani Nepotis institutionem, & varias excogitarunt huius rei rationes; *Faber* autem hic quam *Goveanus* attulerat, & quam *Cujacius* excogitaverat cum improbasset, suam in

2 medium proponit *num.*8. non meliorem tamen, nec aptiorem; aitque ideò Aquilianam formulam necessariam fuisse, & minus sufficientem substitutionem vulgarem; quia vis omnis formulæ, qua efficitur, ut nepos posthumus possit institui posita est in illa particula *tunc*, quæ non benè in vulgaris substitutionis formula collocaretur; Etenim si ita substitutio conciperetur: *Si filius meus hæres non erit,tunc qui mihi ex eo post mortem meam nascetur nepos, hæres esto*, tantùm abesset, ut hic posthumus alienus ex eo demum tempore videretur institutus, ex quo suus esse inciperet, ut potius, è contrario dici posset collatum institutionis initium eo tempore, quo adhùc alienus esset; ea enim verba *Si filius meus hæres non erit*, ex sui natura casum delatę filio hæreditatis demonstrant, & conditionem exprimunt, quæ non nisi defuncto testatore, possit existere. Itaque cōcludit *Faber*, filio vivo, testatore patre decedente, nepos substitutus in unum casum, non rectè admitteretur, nisi dicere velimus inutilem substitutionem converti in utilem institutionem posse.

3 Sed, ut dixi, hæc ratio neque melior alijs excogitatis est, neque bona; etenim primò cum

cum particula *tùnc* à *Gallo* sit proposita in sua formula, inepté is, qui hac uti nollet, sed substitutione vulgari uteretur, eandé adhiberet particulā, & eū posset dicere: *Si filius meus hæres non erit, qui mihi ex eo post mortem meā nascetur nepos hæres esto*, vellet illud *tùnc* interserere. Secundò quia, & si ità conciperetur vulgaris substitutio, *tùnc qui mihi ex eo nepos*, & cet. falsum erit quod assumitur videri institutum nepotem in eo casu, in quo filio delata fuerit hæreditas, quippè quod eū verba *hæres non erit* non solum calum nolentiæ, sed impotentiæ quoque contineant, cum filius vivo patre moritur (nam quamquam oondum ei hæreditas delata; verum tamen est quod hæres non fuit, eum potuisset talis esse in futurum nam, & filius & institutus) quia consequutus hæreditatem non fuit hæredem eum fuisse certum est, ut & *Bartolom. Chesius* rectè observavit *interpret. cap.* 49. ad princ. huius *l num.* 28. & proinde rectè adhùc in substitutionis vulgaris formula particula *tùnc* collocaretur. Tā. dem quia cum in ipsamet formula Aquiliana non adeò sit necessaria prædicta particula, *tùnc*, ut credunt *Salomonius*, & *Faber*, & nos *cap.* 1. hic monuimus, esto quod non rectè poneretur in vulgari substitutione id obstare non debuisset.

4 Cæterū cum nec *Faber* nec aliorum commenta satisfaciant & nus quę dicenda videbātur diximus in *Suspicionum libris*. Restat, 5 ut *Repetentium* Commentaria excutiamus, & quidem illi, & si passim scripserint ideò *Galli* consilium teeeptum, ejusque formulam à Juris Consultis admissam fuisse; quoniam vulgaris substitutio sufficiens non erat, attamén cur non sufficiens fuerit nullam validam afferunt causam, sicut nec *Neoterici*, qui subtiliores videri volūnt. quinimmò sunt plerique, qui ex his, quæ scripserat *Bartol. in l.* 1. *D. de vulgari*, ità ratiocinantur, ut vel confundant, vel uti simillima, tractent hāc Aquilianam institutioné & vulgaré substitutioné. hinc Aquil. vulgarem esse substitutionem, sed singulariter conceptam, & expressa nominatim causa substituendi passim asserebāt, quod postea impugnavit *Marius Salomon*. in paradoxis ad hanc *l. Gallus de lib. & posth. in princ. l. ver.* haud *ignobilis investigationis*.

6 Sed quicquid Salomon. aut similes; *Pragmatici*, qui (ut totiès diximus) parùm de hujusmodi ambagibus solliciti sunt impugnatā sententiam defendunt, & Aquilianam institutionem cum vulgari confundunt, unde de *Galli* speciebus in materia substitutionis vulgaris differunt, ut videre est apud *Trentacinquium de subst. p.* 1. *n.* 35. & *Fusarium* passim præcipuè *de vulgari quæstione* 31. *num.* 78. & *quæst.* 33.

7 Insupèr quoad particulam *tùnc*, quæ in sententia *Fabri* unica est, quæ *Galli* formulā à vulgari substitutione discernit; adnotant non solum in præsenti tractatu, sed & in alijs eam plura operari, atque tempus præfigere, & respicere, ut apud *Menoch. cons.* 433. *vol.* 5. *Rolandum a Valle cons.* 70. *n.* 15. *vol.* 3. & *cons.* 28. *n.* 42. *vol.* 4. *Decian. cons.* 64. *n.* 8. & *Marzarium in suo tractatu de fideicomm. num.* 38. videre est.



CAPVT XII.

Ad §. quidam rectè hujus legis Gallus.

SVMMARIVM.

1 *Quid Gallus novi induxit.*
2 *Refellitur Salomonij obiectio.*
3 *Sequentes J. Consulti porrexère Galli provisionem.*
4 *An superflua Galli formula.*
5 *Faber post Cuiacium negat, sed actum agit.*
6 *Reiicitur Fabriana ponderatio.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Quid Pragmatici.*
9 *An qui simul instituti, admittantur ordine successivo an vero insimul.*
10 *Receptior distinctio quam nostri afferunt.*

1 DVm iure antiquo alieni posthumi institui non poterant, & posthumi Aquiliani alieni sint, sequitur iure antiquo institui eos non potuisse, nec tamén formula *Galli* id inductum censendum est, sed inductum tantum, ut possent, cum sui fierent institui non & si adhùc alieni essent. hine minùs rectè scripsit hic *Faber* qui à Salomonio plcraque mutuatus dignoscitur, quod huiusmodi aquilianus posthumus poterat quidem iure antiquo institui; sed ignorata eo tempore institutionis formula; quippèquod si verum quod alienus eo iure fuerat, verū quoque quod institutionis erat incapax; ideoque quia tanquā talis omittebat postea suus effectus præteritus rumpebat. Quod si dicas potuisse tùnc quidem & si alienus institui, sed in eo casu, quo suus efficeretur, hoc ego negabo; nàm id est quod novitèr Gallus animadvertit, nempè huiusmodi posthumos posse suos fieri, ideòque & institui habita ad illud tempus relatione quo fierent sui; & sanè non tantùm verborum formulam, quam rem ipsam invenisse, seu primum animadvertisse Gallus videtur, qui ex eo quod tandem pre-

teriti rupturi erant testamẽtum deduxit pos-
se in eo casu institui, & si reperirentur nunc
alieni.

2 Ex his autem inepta quoque ostenditur, &
ratio illa, quam invincibilem dixerat *Salo-
monius*, quod si potestatem tantùm fecisset
Gallus alienum instituendi illa potestas esset
indifferens ad omnes casus rumpendi testa-
menta, ideòque supervacua *lex Velleia*, quæ
sequuta est; inepta sanè quoniàm, ut diximus,
non potestatem instituendi posthumos alie-
nos *Gallus* fecit, sed instituendi cum sui fie-
rent, provisionem in medium protulit.

3 Proindè sequentes Juris Consulti ad Galli
provisionem, & intentionem potius, quàm
ad verba, quibus formulam conceperat, at-
tendentes admittẽdam credidère institutio-
nem, etiàm si testator de morte filij non ex-
pressisset, sed simpliciter instituisset nepotem,
ut in eo casu valeret qui ex verbis cõcipi pos-
set, id quod rectè ab illis existimatum in hoc
§. *Scevola* scribit.

4 Controverti tamèn apud nostros Interpre-
tes solet, an eò usque negligi formula Galli
possit, ut sufficiat quoquo modo nepotem
posthumum instituere, & affirmarunt *Accur-
sius, Bartolus, Baldus*, & ipsorum sequaces,
adeo ut superfluitatis repræhensum à *Scevola
Gallum* hic velint, quem doctè *Salomonius*
defendit. Cæterum recentiores negant, &
quamvis de filij morte omitti posse expressio-
nem dicant mortem tamèn suam omninò te-
statorem oporrere formula compræhendere
volunt, quod & *Cuiacius* advertit, admittunt-
que cæteri cũ quibus *Fab.* qui dum *Accursium*,
eiusque exempla impugnat, actum agit: Ego
5 tamen quamvis libenter *Cuiacio* adsentiam,
vix concoquere possum quæ hic *Faber* ab illo
transtulit; nàm aut perversè, aut verbosè cõ-
cepit. Certè illa, quæ de substitutione vulga-
ri objicit, cum ea ratione nitantur quam fal-
sam supra esse ostendimus, falsa, & ipsa sunt.
Vndè apparet, quod si testator testatus sit eo
modo quo *Accursius* posse testari dicebat: *Si
filius meus hæres non erit, nepos, qui post mor-
tem meam nascetur, hæres esto*, rectè testatum
esse concludemus; nam (ut diximus) etiàm
qui suus esse desinit morte præventus is hæ-
res non est, scilicet hæreditatem non conse-
6 quitur; Nec quod ponderat *Faber n.* 12. quod
possit filius, & suus esse desinere per emanci-
pationem quicquam movet, quippequod cũ
non ipsissima formula *Galli*, sed ipsius pro-
visione quis utitur. in eo casu institutio vale-
bit, qui ex verbis concipi poterit, neq; opus
erit, ut omnes casus complectâtur in formula
& sufficiet ut in unum, aut alterum, ut verba
patientur provisio, & institutio admittatur,
quia rectè facta

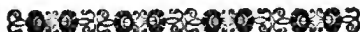
7 Sed & si ut dictum est & Veteres, & Recen-
tiores *Interpretes* anxij sint in disquirendo an
revera in præsenti *Scevola*, ut superfluũ *Gal-
lum* reprehenderit, & quidam affirment post
Accursium aliosque supra citatos, & à *Valen-
zia* hic adductos, alij negent, & explicare po-
tiùs quam repræhendere *Gallum* hic *Scevolã*
velint, ut non solum *Imola, Raphael, Cuma-
nus, Castrensis, Iason, & similes*, sed *Alciatus,
Cuiacius, Donellus, Surmicato*, *Gilchenius,
Massinius, Peccardo, & similes* relati ab eo-
dem *Valenzia* dicunt.

8 Practici tamèn illud tantum ex huiusmo-
di disputatione eliciunt, quod superfluitas
sermonis in materia ultimarum voluntatum,
& substitutionum est vitanda, ut explicant
*Mantica de coniect. lib. 3. tit. 6. Simon de Pre-
tis de interpret. ult. volunt. lib. 2. interpret. 3.
dubitat. 1. solut. 1. n. 47.*

Latius vero quæstionem illam exagitant
sũpta occasione ab institutione aquiliana de
qua hic, An scilic. institutio substitutio sit, &
an quandoque, & quomodo institutio substi-
tutionem contineat, quã quia *Ripa ad l. 2. D.
de vulgari, & Crassus recept. senten. §. substitu-
tio q. 2.* Fusius explicẽt, non oportet ut eorum
9 scripta hic trãsferamus. Agemus potius de al-
tera quæstione, quàm ex eo quod hic de insti-
tutione filij, & nepotis tractatur agitant No-
stri, & nos supra tetigimus, utrum scilicet in-
stituto patre cum filijs videantur ordine suc-
cessivo, an verò insimùl instituti? ideoque an
ad hæreditatem successivè, an verò insimùl
debeãt admitti? & difficultas in eo quod quã-
quam illam *Menochius* per præsumptionem
decidendam esse voluerit *lib. 4. præsumpt. 70.
& Iulius Clarus* non malè explicaverit in §.
testam. q. 80. Pragmatici tamen magis com-
muniter distinguendum dixère, videndumq;
an in his qui coniunctim, & copulativè in-
stituti sunt solus ordo charitatis, & affectio-
nis respectu testatoris veniat considerandus;
an vero in aliquo eorũ etiam ratio necessita-
tis adsit. Et siquidèm ultrà ordinẽ charitatis
necessitas quoque urgeat ad instituendum, ut
est in casu *Galli*, in quo & si pater filium, &
nepotem instituerit, attamen ad instituen-
dum filium etiam necessitate astringebatur,
quia suus, & in primo gradu; tunc dicen-
dum erit (quamvis hoc in specie *Galli* dubi-
tari nequeat) quod pater gradatim cense-
tur instituisse, & primo filium, posteà ne-
potes, ad suam hæreditatem admisisse, ut &
Clarus adnotavit post *Dinam, Garziam, Lan-
cellottam, Odofredum, Raphaelem, Alciatum,
Gribaldam ad hanc l. Gallus* in hoc §. *quidam
recte*. Et docuère *Mantica de coniect. lib. 4.
tit. 9. Gomez. variar. 1. cap. 2. n. 4. Vasquius de
success. Creat. §. 20. n. 118.* & alij apud *Harpre-
ctum ad Clarum*. Sed si non necessitas urgeat,
sed ordo tantummodò charitatis, vel affe-
ctionis

ctionis moverit testatorem ad instituendum, uti in eo casu est, in quo quis fratrem suum, ejusque filios instituit, tunc unà simul omnes admittendos esse in foro receptum esse *Mantica, et Clarus ubi supra, Gabriel conf.* 101. *lib.* 2 & alij testantur.

Cum tamen in eleganti illa specie, quæ apud *Oxaschum* proponitur *dec.* 81. de avia materna, quæ filiam suam, & eius filios instituerat, & si id ipsum dicendū fuisset, quoniàm necessitas nulla instituendi prædictos institutos considerari poterat, attamen matrē primo loco institutam censendam, eamque primo loco admittendam judicatum est, qua ratione quisque videat. Reliqua quę ad distinctionem propositam, & ad plures species distinguendas pertinent, habes diffusè apud *Fusarium de substit. fideicomm. q.* 476.



CAPVT XIII.

Ad §. idem credendum ejusdem l. Gallus.

SVMMARIVM.

1 *Quid in hoc §. contineatur.*
2 *An sicut præcedere debet institutio filij cum nepos instituitur ita oporteat præcedere institutio nepotis si pronepos instituatur.*
3 *Reicitur Fabri dissertatio.*
4 *Item, & ratio diversitatis quam assignat.*
5 *Confirmatur nostra sententia.*
6 *Cur institutio facta verbis generalibus, quæ sufficit in filio, non sufficiat in nepote.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Pragmatici institutionem de posthumo porrigunt ad posthumum post plures annos demum natum.*

1 GAlli Aquilij provisionem de Nepotibus posthumis instituendis; pronepotes etiam comprehendere ait *Scevola* in his verbis *idem credendum est Gallum existimasse, & de pronepote, ut dicat testator, si me vivo, nepos decedat, tunc qui pronepos, &c.* In quibus illud primo pensitandum, quod non dixerit, (ut patùm attentè *Interpretes* explicant) posse formulam Galli conceptam de nepotibus ad pronepotes accommodari: id enim fieri potuisset mutatis verbis, quamquā *Gallus* pronepotibus non providisset quinimmò quamquam nec de ipsis cogitasset, Sed dixit credendum *Gallum*, & de ipsis pronepotibus cogitasse ipsisque etiam providere voluisse, & proindè posse formulam de ipsis concipi, unde ex hoc mirè confirmatur, quod nos priùs dicebamus, non formulam ipsam dumtaxat excogitatam à *Gallo*, sed primò, & præcipuè ab ipso animadversum posse ita posthumos institui, ut non priùs instituti, quam sui forent, & deindè ut hoc ageret, excogitasse formulam aptam quidem, & rectè conceptam, sed quæ posset vel mutari, vel strictius complecti, ut à sequentibus Juris Consultis factum est. Ait igitur *Scevola* credendum esse, & pronepotibus etiam providere *Gallum Aquilium* voluisse.

2 Secundò observandum quod illud non parum in controversia remaner in præsenti, an sicuti filius saltém ex parte in Aquiliani nepotis institutione instituendus est §. *in omnibus* hac nostra lege: sive expressè ut vult *Faber*, sivè fiat generalibus verbis, ut sufficere tradidit *Bartolus*, an hoc ipsum sit de nepote dicendum? finge mortuo jam filio, nepotem suum hæredem testatorem avum habere & ex eo nepote, prægnantem Nurum, velitq; pronepotem instituere, quæritur an teneatur saltèm ex parte, (uti filium instituisset, si haberet superstitem) nepotem, qui in ejus locum successit instituere? & negat *Faber*, negarunt, & quidam antè ipsum: quorum iniqua sententia semper, & parùm Juris Regulis accommoda mihi visa est. Cur enim nepotem, qui filij in locum successit, non esse instituendum dicemus si filium instituendum dicimus? Sanè qui suus hæres est, aut institui oportet, aut exhæredari; atqui hic nepos exhæredari non potest; nàm post mortem suam exhæredaretur, ut de filio dictum est, ergo omninò erit instituendus; Nèq; verum quod ait *Faber* nullo juris loco legi præteritione nepotis, nullius momenti, & iniustum esse testamentum; nàm vel in hac lege *Gallus* id legitur, & ex provisione *Velleij* (cuius lex prorsus supervacanea fuisset, si nepotes succedendo in locum filiorum non rumperent) constat.

3 Et suavis *Faber* est, qui concedens succedendo rumpere, ait sub *n.* 9. hactenus tantùm faveri nepotibus, ut si post testamentum succedant, & præteritos se reperiant, rumpant; non etiam ut in cæteris, filiorum loco haberi debeant quoad sollemnitatem institutionis, vel exhæredationis: suavis certè, nam primò id de quo quæstio est, an scil. quoad sollemnitatem exhæredationis, vel institutionis filiorum loco sint habendi nepotes pro se assumit. Deindè non observat quod Juris Regula est, quod is, qui vult consequens vult etiam, & antecedens, & proinde quod si præteritus rumpit nepos, non aliam ob causam rumpit, nisi quia præteriri non debuit: sed vel institui vel exhæredari: alioquin dicemus eos, quos nec instituere, nec exhæredare cogimur, à nobis præteritos nostrū testamētū rum-

rumpere, atque ità neminem securè testari, & si quos cogitur instituere vel exhæredare, nominatim instituerit, vel exhæredaverit; nec diversitatis idonea ratio illa est, quam affert idem *Faber n.*11. inter nepotem, qui post testamentum in sui locum succedit, & eum qui antè testamētum succedit in locum sui; quip-
4 pè si is, qui post testamentum succedit, non alia de causa rumpit, quam ea quia cum de suo tractatur commodò jam ex ea tempore, quo testabatur Avvs, pro nato habendus est; sequitur multò magis posse rumpere eum qui jàm citra ullam fictionem revera natus est: Insuper si avus dum natum nepotem testando præterit iure suo utitur, ut credit *Faber*, videturque prudens præterijsse, & non per oblivionem, quæram ab ipso, & qua de causa ante *legem Vellciam* necessitas mutandi testamentum natis nepotibus, & in suo loco positis, testatoribus imponebatur? an non testator quoque ille, qui videns natos nepotes, non mutavit testamentum, videbatur volens, & prudens præterire voluisse, ideòque suo jure uti? dũ nõ obstante quod iam paros vidit eos præterit, planè si per oblivionem preterijsset tunc cum testaretur illis nondum natis; utique postea cum natos vidit testamentum mutasset; quod cum non fecerit dici potest prudens, & volens præteritos esse maluisse; & tamèn quanquam hæc ità dici possunt adhùc mutatio testamentorum omninò erat necessaria; unde non quod sciens, aut ignorans Avus præterijt, sed quod præterire nequibat cum sui fiebant nepotes dũ testabatur in considerationẽ venit. sunt, & alia quæ pro nepotibus afferri possent, sed quia illa sicut, & quid *Iustiniano*, quid *Vlpiano* respondendũ sit adduximus in *Suspicionum libris* eadem hic transferre non opus est.

5 Ex eo autem quòd si quis & filium, & nepotem viventes *habeat, possit institutionem ità concipere, ut utrinsque mortuis, vivo se tũc qui pronepos, &c.* & hæc institutio ità demùm valeat, si priùs nepos, deindè filius decesserit, ne successione testamentum rumperetur, ut apertis verbis monet *Scevola* hic in §. *num si*; sequitur evidentissimè nepotem omninò instituendum esse, si suus efficiatur, si succedat; etenim eius præteritio nullum reddet te-
6 stamentum, & si in illo positus in conditione fuit, & in hoc sanè filij, & nepotis dispar cõditio est; nàm quia filius potest institui eo tẽpore, quo testaretur condit testamentum, & necessariò instituendus est, sequitur, ut vel verbis generalibus, & per necessariam consequentiam possit id fieri, ut *Bartolus*, & ex eo, nos suprà defendimus: at nepos quia non in eo gradu ideo verbis generalibus non potest institui, dum filius vivit; & ideo peculiariter instituendus est, & in eum casum quo in locum suorum succedat, unde non sufficit quod in conditione sit positus, aut generalibus verbis institutus.

7 Sed quàvis per tot ambages *Faber*, attamen *Repetentes*, apud quos explicatio huius §. plana est, passim docent, *Scevolā* hic velle, ut sicut nepos ex filio, ità & pronepos ex nepote possit institui, idque subiectis exemplis demonstrare, quamquam tàm *Glossa*, quàm *Paulus de Castro*, & sequaces crediderint repræhensiones in Gallum in præsenti *Scevola* proponere, cum exadverso *Imola*, *Raphael*, *Soccinus iunior*, *Jason*, & *Alexander* id negent. Quorum verissimam esse sententiam iàm diximus ex *Salomonio*, nam *Scevola* consilium *Galli* explicat, ac ut Juris Consultum decebat bona fide interpretatur.

8 *Pragmatici* autem ex eo quod hic ad pronepotem institutio porrigitur, differere solent de posthumo, qui post multum temporis spatium à condito testamento nascitur, & referũt, quod cum in Parlamento Delphinali esset proposita quæstio, utrum institutio facta de posthumo porrigi posset, & referri ad eum posthumum, qui post septem annos demùm natus est; iudicatum post magnam altercationem affirmativè fuit ad testamentum conservandum, ut testatur *Mainardus par.* 5. *decis.* 9. & ex eo *Marta tom.* 5. compilationũ ver. *posthumus cap.* 2. quod quamplurimis durum aliquantò visum, præsertim si testatoris verba erant de eo qui cum testaretur in uxoris utero aderat prolata, eoque nato, deinde plures post annos iterum, sed alio fœtu uxore prægnante, decesserit Pater.



CAPVT XIV.

De intellectu l. filio præterito 17. D. de iniusto rupto.

SVMMARIVM.

1 *Iterum de hac quæstione Faber, sed mutata sententia.*
2 *Nos stamus In supra à nobis tradita distinctione.*
3 *In filio emancipato non est locus quæstioni.*
4 *In filiofamilias posita quæstione dicimus eius approbatione substineri testamētum ex æquo & bono, etiam iure civili inspecto.*
5 *Æquitas hæc unde nascatur.*
6 *Jura quæ firmant nostram sententiam.*
7 *Fabri Achilleum argumentum.*
8 *Sed quod in proposito non stringit.*
9 *Satisfit argumento prædicto.*

10 *Quid de iure prætorio.*
11 *Substineri testamentum defenditur, explicaturque Vlpiani fragmentum.*
12 *Quid Repetentes, & Pragmatici.*
13 *In horum sententia magna vis approbationis.*
14 *Quæ habet locum etiam in testamento irrito per iniustam exhæredationem.*
15 *Non autem in præteritione fœminarum.*

1 IN hac quæstione, an testamento io quo filius fuerat præteritus usque adeò sit nullum, ut neque filij ipsius approbatione possit recon valescere, variç Nostrorum assertiones sunt & cum *Faber* 1. *coniect. cap.* 19. convalescere posse affirmasset, non solùm si instituti fuerint hi, qui ab iotestato essent successuri, sed etiàm si extranei fuissent hęredes scripti, ideòque generalem esse *Papiniani* sententiam in *l. filio præterito* 17. *D. de iniusto rupto* iactasset; Nunc mutatus ab illo, ut solet in pejorem transit sententiam, & negat posse reconvalescere etiam institutis his qui ab intestato successissent; hinc nos eã sententiam quã adversus generalem affirmativam *Fabri* veram esse demonstravimus *lib.* 1. *c.* 19. nunc defendemus, & vetam quoque ostende-
2 mus adversus generalem negativam eiusdem *Fabri*, & proinde ut tunc ita, & nunc distinguendum volumus; instituti fuerint qui essent ab intestato successuri, ao vero alij? & quidem si qui alioquin succederent; filij approbatione confirmari testamentum à principio nullum seotimus, non item si extranei ut & sentiere viri doctissimi *Hugo Donellus* 6 *comment. cap.* 13. & ibique *Osualdus* in notatis, & *Reinardus Bachovius in notis ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. alijque.
3 Sed antequam ad huius seotentiæ fundamenta deveniamus, illud primum nequaquã inficiamur ꝙ in emãcipato filio, & præterit, quęstioni locus esse nõ possit, eo quod si emãcipatus præteritus patris judicia approbaverit valere testamentum disertis verbis scriptũ extat in *l. si emancipatus* 2. *D. si tabulæ testamenti nullæ extabunt in l.* 2. *D. de except. rei iudicata l. qui cum hærede* 15. *de act. & obligat.* unde de hoc dubitandum oon est.
4 Itaque redacta quæstione ad terminos de filiofamilias præterito approbante, videodũ erit an iure civili substineatur testamentum, an & si non de iure civili, saltem de iure prætorio? & quidem iure civili defendi posse testameotum approbatum ex booo, & æquo videtur non obscuris verbis *Papinianum* insinuare in hac *l. filio præterito* ad quam, & si replicet *Faber* in illa non dictum esse testamentum substineri, sed testatoris voluotatẽ scilicet legata, & libertates; attamen eius replicatio recipienda non est, nam ineptum redderet *Papinianum*, qui ad hoc, ut legata, & libertates valerent, & præstanda forent, exposceret filij præteriti approbationem in illis verbis (*quod si bonis se patris abstinuit;*) quando hęc legata, & libertates equitatis intuitu si præstanda, utique præstanda fuerant, non solum filio præterito non approbante, sed vel ipso reprobante, ut accidit in speciel *l. is, qui in potestate* 15. *D. de leg. præstandis*, & in specie *l. penult. D. de iure Codicillorum*, ubi quia legata æquitate urgente solvenda erant, quamquam præteritus non solum non approbaverat, sed etiam contrà tabulas acceperit possessionem præstita sunt; oportet ergò, ut ad aliquid aliud *Papinianus* nec supervacaneè filij approbationem exqui-
5 sierit: Præcipuè quia in huiusmodi testamentis filij præteritione nullis equitas quæ legata præstanda facit non ex eo nascitur quod filius approbaverit, ut malè plerique credunt, sed ex eò quod is, qui etiam ab intestato successisset institutus fuit (& filio præterito) hæres scriptus, ut nos supponimus, & hoc supposito testamentum defendimus, planè ex eo, quod testamẽtũ filius prętereitus nullum dixerit, ideoq; ab intestato venerit, quia tñ testamẽto vocatus fuerat, gratitudinis ratio exigit, & movet eiulem legislatorẽ, ut præstet ille legata à se relicta, dum cur non pareat testatori à quo oneratus, & institutus se sciit nullam potest prętexere causam, & hanc rationem consideravit Iuris Consultus in citata *l. is, qui in potestate* §. *si scriptus D. de legatis præstandis*, protulitque in illis verbis; *quia scriptus est, legata præstat* turpe enim visum eum, qui (vel proprio prçterito filio) à testatore scriptus hæres fuit, si res aliter eveniae, sed non io totum aliter, eidem testatori in legatis præstandis parere nolle. Itaque, ut à principio dicebamus, quia legata ex æquitate præstanda erãt quę oriebatur ex eo quod scriptus hęres successor ab intestato; ideo approbationem filij non ad præstationem legatorum, sed ad sustinendum testamentum *Papinianus* requisivit, ut scilicet ex bono, & æquo testamentum factum quod rectè etiam voluntas absolutè appellatur, substineri posset.
6 Porrò facit etiam pro nostra sententia tum tex. *in l. si duobus* 12. §. *si priùs D. de bon. poss. contra tabulas*, tum *in l. posthumus* 12. *D. de de iniusto rupto* de quorum sententia in sequẽti capite dicemus, & faciunt rationum momenta, quæ cum rectissimè expendant, *Donellus*, & *Bachovius* ab eorum scriptis petenda sunt.
7 Remanet nunc, ut nos diluamus potissimùm *Fabri* argumentum, quod *num.* 2. proponitur, & plerisque viris doctis imposuit, eosque præcipites egit, quod si admittamus filij approbatiooe testamentum, alioquin nullum

nullum, posse vires resumere, sequetur testamentorum iura ex alieno pendere arbitrio contrà Juris Civilis Regulas in *l. illa institutio 33. D. de hered. instit.*

8 Huic autem obiectioni illud primò respõderi poterit, quod ex ea concluditur quidem Jure Civili mero inspecto, non posse testamentum à principio nullum convalescere, at non vetari nec ex æquo, & bono, possit sustineri, Nec movet quod *Faber* instat *sub num. 3.* ità facilè subverti posse jura omnia, quæ de testamentis condendis prodita sunt, dum admittamus, ut unicuique liceat contrario æquitatis commento legũ potestatem eludere, siquidem moveret ratiocinatio, si hoc quod dicimus de substinendo testam. ex bono, & æquo non fuisset quoque in iuris responsis expressum, sed nos, ut Interpretes faciunt plerumque, semper autem *Pragm.* cõminisceremur, sub benignioris sententiæ prætextu; at quia, & hoc quoq; à *Papiniano* prolatum est & inter iuris capita sancitum videmus *Fabriana* instantia non curret, alioquin plurima iuris loca, in quibus Juris Consulti utilitatis causa, aut æquitatis prætextu admittunt nonnulla contra stricti iuris Regulas, essent dispungenda, ne occasio subvertendi daretur, & præcipuè dispungi Responsa oporteret in *l. vulneratus D. ad l. aquiliam in l. si tibi 20. D. de rebus cred. in l. si ita 13. D. de liberationibus*, & similia, quia eandem occasionem subvertendi iuris principia præberent; Vrinam Interpretes nostri, & Judicantes non aliam æquitatem sectatentur quam juris libris comprænhensam, & à J. Consultis expresse receptam.

9 Secundò respondetur nequaquàm veram esse sequelam, quod testamenta ex alieno arbitrio penderent, nam hoc, tunc sequi cum testamenta ipsa conficiuntur, & sunt *in fieri*, ut cum philosophis loquat, non vero cum jam confecta, & sunt in *conservari* palam est, argumentum rei, quod alioquin ex eadem ratione quis dicet, aditionem hæreditatis nõ esse necessariam in extraneo hærede, neque immixtionem in suo, ut testamentum valeat, quippe quæ si necessaria judicaretur, utique testamenti validitas ex alieno penderet arbitrio, scilicet hæredis, adeuntis aut se imiscentis, & tamen in §. 1. *instit. de hered. quæ ab intest. deferuntur* scriptum est, intestatum eum decedere, cuius non aditur hæreditas, adeo verum quod aditio necessaria est, & quod ipsa ut testamenta consistant operatur.

10 Sed cum supra de iure civili diximus, videamus an & idem affirmandum inspecta æquitate prætoria, & quamquam nonnullis ex DD. negare id visum, ut retulit *Julius Clarus in §. testamentum q. 43.* quorum sententiã cum eorũ vulgatibus Argumentis cũ hic trãstulisset *Fab.* id fecisse ne nos adverteremus scripsit *Interpretes* omnes ad prætoriam æquitatem confugere cum *Bartolo*.

11 Nos tamen substinendum testamentũ approbatum, non solum de iure civili, sed etiã de iure prætorio, atque ità ex utroque Iure contendimus, tum ex his, quæ suprà sunt dicta, tum etiam ex evidentissima illa ratione, quod Prætor dùm septem testium signis videt tabulas signatas, scitque tempore testamenti, & mortis, testandi factionem testatorem habuisse, nil aliud exigit, ideòque secundum tabulas dat bonorum possessionem, ut vel ipse *Faber* fateri cogitur *num. 13.* nec bonorum possessio erit sine re, ut idem opponit, sed cũ re futura; quando persona, quæ ab intestato hæreditatem evincere possit, approbat patris iudicia; Hinc quod scribit *Vlpianus in frag. tit. 23. §. si septem*, adeò apertè pro nobis facit, ut mirer qua fronte in suam sententiam adducat *Faber*, ait enim *Vlpianus si septem signis testium signatum testamentum, licet iure civili ruptum, vel irritum factum sit Prætor scriptis hæredibus iuxtà tabulas bonorum possessionem dat, si testator, & Civis Romanus, & suæ potestatis cum moreretur fuit, quæ bonorum possessio cum re, idest cum effectu habetur, si nemo alius iure hæres sit*, atque ita fatetur iure prætorio testamentum & si nullum valere si signatum sit, & ex eo dare bonorum possessionem Prætorẽ posset adijcit hanc bonorum possessionem futuram etiam cum re, si nullus alius hæres sit; quod sanè evenire non est dubium cum evenit id quod in hac *l. filius præterito* exprimitur, scilicet cum filius patris bonis se abstinet, cum remittit querelam, nam tune cum effectu bonorum possessio erit: quia non aliud exigitur, ut idem *Vlpian. tit. 28. §. ult. de bon. poss. dandis*, testatur præsertim cũ non possit ampliùs suus hæres iure legitimo hæreditatem evincere, postquam volẽs approbaverit patris iudicia, & se abstinuit, quod semper supponimus quamquam *Faber n. 14.* ità loquatur, quasi vel nullam nos exquireremus approbationẽ, vel filius nequaquam approbare posset nullũ testamentum: cum tamen hoc posse filium se abstinendo à querela, & patris iudicia acceptando exploratum sit, nam alioquin nullus unquàm daretur casus, in quo à scripto hærede, legitimus iure hæreditatem nõ evinceret: quod si dixeris filium approbare quidẽ posse, at id non efficere, ut testamentum valeat, principium petes, ut *Faber* sæpè facere solet, qui id, quod in disputatione est, veluti certum assumit.

12 Revera tñ proposita quæstio, an testamentum nullum ob filij præteritionem illius approbatione convalescat, non solum *Fabro*, & *Neotericis* difficilis, sed & *Pragmaticis*, & In-

Interpretibus antiquis anceps visa est, ideóq; passim coacti variare sententiã, & nunc affirmativè nũc negativè respõdere, ut videre potes apud *Cevallum commun. contr. communem lib. 1. q. 21.* frequentiùs tñ receptum est quod approbatione reconvalescat testamentum, jure tamen prætorio, & hoc non solum si successor ab intestato, sed etiam si forent extranei instituti, ut dicebat *Faber lib. 1. cap. 19.* ità *Julius Clarus* testatus de communi *in §. testam. q. 43. num. 3. Guid. Pap. dec. 596.* & similes, & quamvis reclamate visi sint, *Cumanus in l. cõtreti §. cum filio D. de vulg. & Menochius conf. 114. num. 12.* communior sententia in foro obtinuit, quæ multo magis locum sibi vindicabit si hæc approbatio testamentum ipsum præcesserit, aut illud eo tempore, quo fit, comitaretur, ut idem *Clarus* scripsit quem *Pragmatici* sequuntur, & tamen si hoc verum utique, & in fieri, & cum fit, testamenti validitas, & testamentum ipsum ab alieno arbitrio scilicet filij consentientis pendebit.

13 Insuper tantam approbationis vim esse, voluot ut cum præteritus approbat, etiam si instituti reclament qui aliquo fine rumpi per querelam testamentum mallent illud substineri adeò ut ipsi instituti oullum dicere non valeant, *Clarus*, ubi suprà affirmat sub *num. 4. Tadens Piso Soacius lib. 2. variarum cap. 7. num. 6.*

14 His illud adnectendum, ut ex *Guidone Papa dec. 427.* notavit *Marta tom. 5. in ver. præteritio cap. 2.* Quod sicut præteritioni iniusta æquiparatur exhæredatio in rumpendo testamentum, ità æquiparatur eidem, cum de testamenti reconvalescentia agitur: unde quod dictum est de filio approbante præteritionẽ, idem dicendum erit de filio approbante iniustam exhæredationem: quinimmò multo fortius poterit admitti in casu exhæredationis, non solum æquitate prætoria, sed etiam iure civili inspecto testamentum valere; quoniam si certum est exhæredato filio testamentum validissimum esse omni iure, modò hæres causam exhæredationis veram esse probaverit; cum filius confessu suo, suaque approbatione facit veram fuisse exhędationis causam, eamque veram esse fatetur, nulli dubium erit, quin testamentum validum remaneat.

15 Quod autem de præteritis masculis, deque eorum approbatione dicta sunt, in hoc Neapol. Regno in fœminis quæ ex Regia Constitutione incipiente *in aliquibus* excluduntur à successione ꝓpter masculos si dotatę fuerint, locum sibi non vindicant, hinc præteriri eas impunè posse nec ad testameotorum validitatẽ opus earum approbatione, modo fratres qui à Constitutiooe ad successionem vocantur instituti sint, ex *Afflicto decis. 158. Franco dec. 149.* ad eosque *Ursillo*, & Addendentibus, & ex *Reg. de Marin. quotid. 2. c. 219. n. 15. Merlino de leg. lib. 3. tit. 1. q. 2. n. 60. Mangilio de imput. q. 91. & Molfesio ad consuet. par. 4. tom. 1. q. 18.* alibi diximus.



CAPVT XV.

De sententia l. posthumus 12. D. de injusto rupto.

SVMMARIVM.

1 *Quæ dicta sunt supra comprobantur ex hac l. posthumus 12. D. de iniusto.*
2 *Reicitur Fabriana sententia.*
4 *Quid dicendum si in Vlpiani specie de qua in hac l. 12. non institutus successurus ab intestato proponeretur.*
5 *Facit pro nostra sententia l. 3. C. de iniusto.*
6 *Repetentes, & Pragmatici idem sentiunt quod Faber.*
7 *De partu octimestri.*
8 *De eo qui nascitur exsecto matris utero.*

1 Quæ in superiori capite dicebamus mirè confirmantur ab *Vlpiani* Responso in *l. posthumus 12. D. de iniusto rupto*; ex quo probatur bonorum possessionem, quę ex testamento nullo à Prætore sine re daretur, dari cum re, quotiès hæres legitimus, qui evincere possit, non adsit, & quamquam in ea specie, eo magis admittendum id fuerat, quoniàm vel mortis testatoris tempore non aderat posthumus & ipse morte pręvẽtus; non tamen in casu, de quo io *l. filio præterito*, quod; adfuerit mortis tempore filius quidqoam obstat cum sufficiat in eo temporè, quo bonorum possessio datur; se è medio abstentionis beneficio abstulisse, atque ità fecisse ut nõ futurus sit, qui evincere possit, ut ideo bonorum possessio, quæ à Prætore datur, cum re sit.

2 At cum ex adductis *Vlpiani* locis constet non aliud facere possessionem esse cum re, vel sine re, oisi eventus futuræ evictionis ab hærede legitimo hæreditatis eiusdem, ineptit prorsùs *Faber* hic, aut nos ioeptire vult: dum ad speciem posthumi præteriti, & præmortui se restringit, & deinde tàm anxiè exquirit, cur huiusmodi præteritio non adeò nullum testamentum reddat, ut neque prætoria æquitate possit substineri? Nec videt quod si verum, posthumi agnatione, vivo testatore, testamentum rumpi, ut ipsemet contendit, hoc ipsum probare nullius momenti apud

Juris Consultus, ea fuisse, quæ ipse ponderat, scilicet quod non adeò posthumi odiosa sit præteritio, & quod per oblivionem potiùs, quàm mala mente censeatur facta, & quia minor ratio habenda de eo, qui in utero est, quam de eo, qui in hominum natura, & in testatoris sit familia, & quidē non injuria nullius momenti sunt visa; nàm tanquam filij, & tamquam sui hæredis, etiam posthumi odiosa præteritio est, nèc tam de facili in patre illius oblivio, aut præsumenda, aot condonāda iuris Regulis labefactatis, alioquin & hoc ipsum de jam natis dici posset, saltèm si absentes fuerint, eos que natos ab uxore, absens maritus nesciat, certè posthumos pro natis habendos voluère semper in his, quæ sunt in eorum commodo legislatores.

3 Ex his itaq; cum constet quod non quia posthumus is fuerat qui præteritus, sed quia non aderat qui evinceret, cum re fuisse bonorum possessionem, sequitur ad præteritionis speciē nos nō oportere cum *Fabro* restringi; & quotiès non sit qui evincat quia præteritus approbat, idem quod supra asserere. tunc tamèn asserete cum ut in *Papiniani* Responso proponitur, instituti fuerint, qui ab intestato venirent, primumque locum obtinerent, nam & hoc in *Vlpiani* quoque Responso ponendum verba in vers. *idem innuunt.*

4 Cæterum si apud *Vlp.* extraneos institutos dicas illū fatear in longè diversa specie ab ea in qua *Papinianus* Respondere; effectumque, apud *Vlpianum*, ut bonorum possessio cum re esset, non ea ratione, quia nemo erat, qui fuisset evicturus; nam adesse supponis qui ab intestato successissent quos institutos non ponis; sed ex Hadriani rescripto, quod specialem potuit habuisse rationem, forsan illam quod cum testator posthumo supervixerat, priorem testamentum dum retinuit, denuò efficisse illud, & nova voluntate confirmasse credebatur.

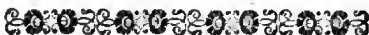
5 His adde, ne vel hoc prætereamus quod etiam ex *l.3.C.de iniusto rupto*, probatur testamentum, licèt inofficiosum, substineri, quamquam hoc potiùs ex coniectura pietatis, & *Imperatorum* rescripto factum non inficiamut.

5 Porro observandum est, quod in his quæ de morte posthumi, & testamento substinendo *Faber* scripsit in hoc capite, (excepto eo, quod sentit, bonorum possessionem sine re hæredi scripto, posthumo præterito vivo testatore mortuo dari, quod falsum esse suprà probavimus) convenit inter ipsum, & vulgares *Interpretes*, & *Pragmaticos*; nàm & hi ferè eodem modo ratiocinati fuerant, ut videre est, apud *Clarum* §.*testamentum qu.45. Gomezium 1. variarum cap.11. nu.14. Grassum in* §.*testamentum quæst.3.nu.18. Soccinum conf.75.col.4.lib.3.& Menoch. de arbitr. lib.2. casu 391.*

6 Item cum plerique velint, quod decedente posthumo intra triduum, illicò decessisse dicatur, ut docuit *Franc. Marcus decis. 169.par.2.* ex hoc, alijsque decisum refertur apud *Martam in compilat. Decis.tom.2. vers. posthumus cap.5.* poterit facile quis dignoscere, quod etiam *Pragmaticis* in mentem venère, quæ de successione ab intestato in hac materia *Faber* disputat.

7 At cum proponitur posthumos octavo mēse natos esse: invaluit, apud Nostros opinio, quod vitales non sint ideòque quod testamētum non rumpant *Menochius cons.284.lib.3. Afflictus dec.236. Giurba ad consuet. Mess.p.1.cap.1.Gl.4.n.37. Julius Clarus* §. *testamentum q.45.n.3. Mantica de coniect. lib.11.tit.6. num.10.* quod mirum, & Neotericis quibusdam placuisse præsertim *Cuiacio in notis ad Paulum sent.lib.4.tit.9.& de præscript. & terminis cap.19.* unde *M. Ant. Eugenius cons.28. num.4.* de omnium mente id esse dixerit; & tamèn iuris principia, & medicorum tradita si attendamus, nequaquàm ità dicendum foret, ut pluribus luculentissimè ostendit non vulgaris eruditionis vir *Alphonsus Caranza in tract. de partu cap.11.* de octimestribus.

8 Denique si agatur de eo, qui execto matris utero natus sit, & de quo non solū apud Interpretes, sed & apud ipsos Juris Consultos anceps controversia fuit idem *Caranza* monet *cap.6.sect.1.* & resolutivè concludit, habendum hûc filium uti verum legitimum, & naturalem filium, & quoad iura hæreditatis, & successionis, & quoad feuda, & quoad lucra, quicquid alij contrà senserint.



CAPVT XVI.

Ad vers. idem, & circa, in eadem l. filius 12. De injusto rupto.

SVMMARIVM.

1 *Vlpianus quod de posthumo dixerat ad alias species produxit.*
2 *Bartoli expositio, & vera.*
3 *Qui non rectè a Fabro reprehensus.*
4 *Reiciuntur Fabri assertiones.*
5 *Item, & quod proponebatur adversus nostram sententiam ex Scevola in* §. *idem credendum l. Gallus.*
6 *Item, & reliqua obiectiones.*
7 *Quæ Fabri mens.*
8 *Repetentes sequuntur Bart. opinionem.*
9 *Pragmatici quid sentiant.*

10 Quod

10 *Quæ in testamento in quo successores ab intestato sunt instituti, Nostri multo magis locum habere, & in testamento inter liberos volunt.*

1 Vlpianus in vers. *idem, & circà*; quod in posthumi specie dixerat, qui præmortuus testatori à quo præteritus foret: id generalitèr dicendum voluit in cæteris speciebus, de testamentis irritis, aut nullis, modò bonorum possessio data fuerit his, quê
2 rem ab intestato auferre possint; & Respondit non obscurè, ut rectissimè advertit *Bartolus*: tùnc quoque cum re bonorum possessionem datam hæredibus scriptis futuram; cum filius qui præteritus, & natus, vivo testatore decesserit; si illi ab intestato quoq; fuissent successuri. huius autem rei ea ratio est, quam ex eodem *Vlpiano* suprà posuimus, quia, in hoc cásu nemo est, qui hæreditatem evincere possit; potuisset quidem filius: at ille morte medio sublatus est; possent successores ab intestato: at hi scripti suère hæredes bonorumque possessionem secundum tabulas petierunt, unde deinceps ab intestato non possunt venire, & evincere cum approbaverint testamentum *l. si ex duobus 14. D. de bon. poss. contra tabulas*, nam & filij, qui agnoscentes testatoris iudicium: quicquam ex testamento, quod inofficiosum dicere poterant, accipiunt videntur querelæ renunciasse *l. Papin. §. si cōditio l. nihil interest 12. D de inoff. testam.* itaque cum remaneat certum non futurum, qui hæreditatem evincat, bonorum possessio, ut dictum est in his casibus cum re erit. Non ergo benè *Bartolum* repræhendit hic *Faber*,
3 quod favore successorum ab intestato voluerit possessionem cum re esse, quippè hunc favorē non ex personarum coniunctione, vel affectione oriri *Bartolus* voluit; sed ex eo, quia hi qui ad hæreditatem ius habent, & potuissent illam evincere ex testamento in quo instituti sunt bonorum possessionem petière.
4 Reliqua quę de testati, & intestati successione *Faber* disputat levia sunt, nèc stringūt, quamvis enim his successōribus ab intestato bonorum possessionem potuisset competere, non tamèn illa ipso iure competijt, & antequàm peterent, nisi datam eis supponamus, & si non petentibus hinc cum hi è contrà petere ex testamento bonorum possessionem voluerint, non possunt à causa intestati ad causam testati facere regressum, cùm ex duabus causis elegère unam, ut poterant *dicta Lex duabus 14. D. de bon. poss. con. tab.*
5 Neque obstat illud quod *Scævola* de nepote dixit *in §. idem credendum in fine l. Gallus de lib. & posth.* & est ponderatum à *Fabro* in præsenti *num. 7.* nàm de iuris civilis ratione *Scævola* loquitur, non de bonorum possessione prætoria, de qua nos hic disputamus disquirendo, an cum re, an sine re sit futura: & quidem iure civili verissimum quod *Scævola* dicit *rumpi testamentum agnatione posthumi, sive successione indecum*, eo quod nullam approbationem ibidem proponere sibi voluerit, ut fecit postea in sua specie *Papinianus* in adducta *l. filio præterito* hinc, an saltèm ex æquitate sustinetetur testamentū, non potuit tractari apud *Scævolam*. quod tñ inspecto iure prætorio, tractatū non obstabit, nam prætorio iure, ut idem *Faber* fassus est, & pluries, *Vlpian.* apertissimè docuir bonorū possessionē dàdam etiam existente nullo testamento livè, rupto filij agnatione, undè si quis ideò futuram semper sine re bonorum possessionem dixerit; quia ex nullo testamēto datur, is profectò neq; *Vlpiani* mentem neq; verba se percepisse demonstrabit; quoniam idem *Vlpianus* ostendit futuram quandoque cum re possessionem, & si ex nullo, aut rupto testamento datam, quod nullo casu evenire posset, si verum quod hæres scriptus sibimet ipsi evincat faciatque transire bonorū possessionem secundum tabulas petitam, in bonorum possessionem intestati; nullo sanè casu nam semper hæc evictio sequeretur, quādo accepissent bonorum possessionem successures ab intestato à semetipsis, & quando extranei à legitimis successotibus; eo magis si hi (ut idē *Fab.* cōtēdebat in cap. antecedeti) non possent approbare testamentum, & eorum approbatio nihil iuvaret, ne ex æquitate prætoria quidèm; igitur ut absurda vitentur; evenire posse quod futurum apertis verbis *Vlpian.* pronunciavit dicendum est, quod nunquàm hæc evictio à sibimet ipsis sequatur, neq; enim in instanti defertur successio ab intestato neque invitis defertur vel etiam ijs, qui potiùs ex testamento petière, nec exemplum desumptum ex *l. 1. §. penult. D. si tab. test. nullæ extabunt*, quicquam probat, ut rectè ostendit *Bartholomæus Chesius interpret. c. 5.* qui, & plura doctissimè ad hanc materiam, & omnia ferè vera adduxit, nisi quod *Bartoli* sententiam potiùs transversim recipere eum *Fabro* voluit, quàm ut decebat in bonam par-
6 tem explicare. Ea vero quæ idem *Faber* obijcit verbosissimè, & nunquàm sibimetipsi satisfaciens neque obstare constat, nam primum quod non extendenda sit *Hadriani* Cōstitutio etiam ad casum illum, in quo filius non posthumus, sed natus fuerit præteritus, veluti quæ de hoc loquuta non sit; & si concedatur, nil in contrarium concludet, etenim prædicta *Hadriani* Constitutio, aut ius novum fecit, aut non fecit: si fecit, in eo fecit, quod extraneis institutis voluit valere testamentum, in quo posthumus fuerat præteritus, si posthumus ille prædecessisset patri. At hoc

neq;nos produximus ad testamentum,in quo fuerit filius natus præteritus, neque produxit *Vlpianus*, nam ideo ponitur tamquam necessarium, ut fuerint instituti, qui ab intestato fuissent successuri, ad hoc ut bonorum possessio cum re sit, & quidem non rectè quis ita argumentabitur; *Hadrianus* de posthumo, nō de filio constituit: ergò alitèr in filio, alitèr in posthumo dicendum est; quando quod in filio dicitur non ex cōstitutione eadē dicitur, sed ex alio iure, nec propositis ijsdē terminis sed diversis, nempè non de extraneorum, sed successorum legitimorum institutione. At si *Hadrianus* novum ius non constituit, sed de constituto rescripsit, quod evenire potuit, si supponamus etiam in posthumi specie apud eum scriptos hæredes successores ab intestato; ineptè quis oppunet non esse Constitutionem *Hadriani* producendam. utcumque potius *Vlpiano*, qui eam vidit, & in partem retulit de *Hadriani* Constitutione, quam *Fabro* credendum est, & proindè admittendum quod in hac re profert idem *Vlpianus* sive ex sua interpretatione, sivè ex Constitutiunis verbis protolerit.

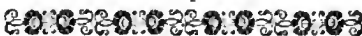
Ulterius quod majoris favoris sit testamētum, in quo posthumus fuerit præteritus, quā illud, in quo filios, & si quam maximè probaretur attamen hoc ipsum, nihil adversùs nos concludet; nàm evenit supposito quod ita *Hadrianus* constituerit.

Tandèm restat, ut *Fabri* explicationem, quam *sub num.* 16. profert ad hunc vers. *idem* malam esse demonstremus; vult enim illa hic ab *Vlpiano* dictum *idem dicendum circà injustum, & irritum testamentum* respectu legatorum, & fideicommissorum, de quibus in vers. præcedenti, nam legatarij, & fideicommissarij habituri sunt ea, quæ sibi relicta fuerunt; at dum ità ratiocinatur vel legata, & fideicommissa vult deberi à scriptis hæredibus; quia bonorum possessionem acceperunt, & omninò concedit eos bonorum possessionem cum re accepisse, alioquin si non accepissent cum re, utique legata non essent præstaturi, ut ipsemet fassus *in cap. antecedentinum.* 6. vel deberi vult legata à scriptis hæredibus, quia ab intestato successerint, & obstabunt illi *Vlpiani* verba, *si bonorum possessio sit data*, quæ ideò præstanda legata indicant, quia data bonorum possessio, & hæc ex testamento data, ut rectè advertit *Chesius* ubi *suprà n.* 7 in fine. Cæterum quis *Faber* in his conjecturis fuerit, vel ex hoc loco ostenditur, dum tot tricis, tot argutijs, tot verbis nititur probare successores ab intestato scriptos hæredes habituros bonorum possessionem sine re, & successuros ab intestato, nullumque prorsùs forè etiam de jure prætorio testamentum, & tamèn ex hoc testamento debere successiores legata, debere fideicommissa, Idque ex *Vlpiani* sententia antequam ita *Justinianus* cōstituisset in sua *Novella* 115. *c.*3. sicque nos illudens ad nullum prorsus finem nullamq; ad utilitatem ab se institutam disputationem prodit.

8 At quia quid *Accursius, & Bartolus* senserint in explicatione hujus §. jā suprà retulimus, dùm *Faber* adversus ipsos disputasse notavimus; nunc illud primo monemus quod veteres omnes *Repetentes* recepère doctrinam *Bartoli*, & voluère quod testamentum patris, in quo filius est præteritus: nepos autem, vel alij veniētes ab intestato instituti decedente filio, vivo testatore reconvalescit, & confirmatur, ut ille scribit *ad l.*5. *de Regul. Catoniana.*

9 *Pragmatici* vero & si cum approbatio filij accesserit parum curent quod scripti hęredes qui ab intestato successuri forent nec ne, attamen in reliquis casibus id magnifaciunt; præsertim in hoc de quo agimus de morte præteriti filij ante testatorē; unde si extranei in primo testamento fuissent instituti, & si in illo clausula derogatoria adesset, attamē secundū testamentum, in quo sunt instituti venientes ab intestato valiturū, & primum infirmari dicūt, quod *Bartolus consuluit cons.*76.*vol.*2. & id habere locum etiam si secundum testamentum esset imperfectum ratione sollemnitatis, admnotavit *Fr. Marcus quæst.*319. & ad rem *Papouius lib.*20.*tit.*1.*aresto* 3.

10 Ea etiam quæ dicuntur de testamento, in quo hæredes ab intestato instituti multò magis locum habere in testamento inter liberos, & si minùs sollemne, apud omnes in confesso est, pariterque receptum. *Cavalc.dec.*27. *sub tit.de iudicijs, Gomez.Leo dec.*5. *Natta cons.* 124. *tom.*1. & reliqui passim.



CAPVT XVII.

Ad §. nūnc de lege Velleja l. Gallus de lib. & post.

SVMMARIVM.

1 *Quid in hoc §. contineatur.*
2 *Exemplum a Scevola propositum.*
3 *Emendatio Haloandri, & Cujacij, & Fabri.*
4 *Sed retinetur recepta lectio.*
5 *Confirmatur nostra sententia.*
6 *Defenditur Goveani assertio.*
7 *Explicatur l.*3.*§.*1.*D.de injusto rupto.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid Pragmatici.*

10 *Ve-*

10 *Vocata linea qui censentur vocati? varia distinctiones Nostrorum.*

POST longam digressionem reddit tandèm ad *l. Gallus de lib. & post. Faber*, incipitque in hoc capite tractatum de *lege Velleja*. Nus id ipsum agemus, ut ab ipso errata passim demonstrare possimus.

1 Postquàm *Galli Aquilij* consilio inductum fuerat, posse posthumos quanquàm alienos, institui, ut tùnc instituerentur cum sui forent, ostendit experientia, non omninò testamentorum securitati provisum fuisse; imminebant enim adhùc ex hujusmodi posthumis pericula, quippè instituti, si post Avi mortem nascerentur, pleruinque eos Avo vivo suos nasci contingebat, & aliquando; & si non sui nati fuissent; quia vivente eorum Avo pater decedebat; sui fiebant, & in his casibus testamentum mutare non adeò erat facilè, vel ob sollemnitates multas eo tempore requisitas, & quorum observatio necessaria, vel fortè, quia peregrè testatoribus proficiscètibus, aut morbo impeditis aliud testamentū facere non permissum, unde cum primo testamento decedebant, quod ruptū agnatione sui hæredis postea apparebat, eo quod non in illo casu, sed in alio institutione factā continebat; igitur ut ab hujusmodi periculo Civium Romanorum testamenta subtraheret, atq; necessitas mutandorū testamentorū auferretur: lex *Velleia Iunio Vellejo Consule* (sub Claudio Imperatore) interrogante, ut Salomonio, alijsq; visum est, lata fuit, quæ duobus capitibus constans: in primo capite, ut ait hoc loco *Scevola* voluit vivis nobis natos non rumpere, & videtur hoc primum caput spectare (ut idem *Scevola* ratiocinatur) ad eos qui cum nascerentur sui hæredes futuri essent.

2 Proponit deindè idem Consultus hujus modi exemplum; en verba: *Et rogo si filium habeas, & nepotem nondùm natum tantùm ex eo heredem instituas: filius decedat: mox vivo te nepos nascatur ex verbis dicendum est non rumpi testamentum*. ut non solùm illud *primo capite notaverit. Si nepos, qui eo tempore instituatur, quo filius non sit, verùm & si vivo Avo nascatur.*

3 Et in his verbis illud *vivo Avo nascatur* non placuit *Haloandro*, ideòque à suis pandectis dispunxit: *Cujacius* verò ut *Gothofredus* notat, sustulit quoque, & reposuit (*instituatur*) *Faber, Haloandrum* sequitur, ut & plerique

4 alij qui in eo sunt, ut velint *legis Velleja* primum caput nequaquàm pertinere ad posthumos illos nepotes, qui cum nascerētur alieni essent; idest ad eos qui vivo patre nascerentur; neq; vidèt ità potissimam legis provisionem destruere, cum id peculiariter fuerit à *Velleio* provisum, ut nullus superesset rumpèdi casus, aut mutandi necessitas; undè si ponas in præsenti patrem filium habens testatum ex *Galli* consilio postmodum ipso vivo, & filio, natum nepotem qui testamenti tempore in utero erat, & tandèm decessisse filium, quem pater instituerat, quæram si receptam lectionem mutabimus, an non in hoc casu nepos adnascendo rumpet? & certè affirmare, ita oportebit; nàm institui non potuit hic posthumus si ad ipsum pertinere *Vellei* provisionem nolimus, at si ita est, & adhùc rumpèdi testamenti necessitas urgeat, vana *Vellei* provisio remanebit, & non verum, quod om-

5 nem mutàdi necessitatem abstulit. Rursùs si illud *nascatur* dispungas, nihilominùs certū remaner, quod in hoc primo capite à *Velleio* approbata fuerit institutio illorum nepotum, qui ipsomet patre vivo nascerentur, quippè postrema verba à *Scevola* adducta apertè hoc significant ibi, *etiam si parente vivo nascantur*, estque adeo patens hoc, ut cum vitare *Faber* non posset, scripserit imperiti Interpretis esse dicta verba, quod ridiculum est, & cōvincit aut etiam ea dispungenda, aut receptam lectionem retinendam. At qui eadem verba in sequentis §. principium rejiciunt facēunt pessimè; nam ut *Gothofredus* optimè, & alij, ad primum pertinent legis caput quamquam à *Scevola* mutilè recitata, ut *Goveanus* adnotavit. Cæterùm quid nos in hac re sentiremus jam in Suspicionum libris proposuimus ubi & quid in primo *legis Velleiæ* capite inductum fuerat, explicavimus Receptamq; lectionem, retinendam voluimus.

6 Nunc illud admoneo malè *Goveanum* à *Fabro* hic notatum sub *num.* 10. quod primum caput hujus legis non pertinere ad filios posthumos scripserit: etenim verissimum idest, probaturque apertis *Vlpiani* verbis in *l. sed si conditioni* 6. §. 1. *D. de hered. instit.* quæ ità se habent *Nepotes autem, & deinceps cæteri qui ex l. Velleia instituti non rumpunt testamenta*, quæ nescio quo pacto restringi à *Fabro* possint. Planè cum hoc primo capite legis, aut illud potissimùm, aut non aliud, quàm illud fuerit provisum, nè posthumi instituti cum sui nascerentur; cum alieni deindè nascuntur, sit opus, & si sui postmodum fiant mutari testamentum; sequitur ut quia id in filio locum habere non poterat qui dum vivo patre nascitur semper suus nascitur, ad filios primum caput *Vellei* non pertinuerit.

7 Male igitur *Faber* abutitur *l.* 3. §. 1. *D. de iniusto rupto*, quasi in eo loco scriptum foret filios ex *lege Velleia* institui potuisse, nàm ibi de nepotibus agitur, quod vel illud indicat *ad similitudinem filiorum*; nepotes enim ad similitudinem filiorum instituuntur, non filij ad similitudinem filiorum.

At quanquam hæc nos, attamen si quis vel uni-

unicã hujus §. paraphrasticam expositionem à *Valenza* nostro propositam *d: lib. 3. tract. 3. de iure suorum haredum, & succ. cap. 2.* legerit statim nil mutandum in Recepta lectione concludet, quicquid *Cuiacius* primum, deindè sequaces, & novissimè *Chesius* loco supra adducto commenti sint.

8 Antiqui tamen Repetentes ut quoque Neoterici dissident in explicatione primi capitis *legis Velleja*, & hujus §. *nùnc de lege*; nàm quidam existimant duos casus, sivè duas species hic proponi; prima de ventre nutus instituto ejusq; partu (filio jàm mortuo) nato vivo testatore avo, secunda de institutione filij, & substitutione nepotis ex eo, si suus futurus nasceretur. Alij contrà cum *Bart. & Castrensi* unam dumtaxàt speciem proponi contendunt, nempè de nepote instituto, si filius prędecedat, & ipse nascatur vivo Avo testatore: & pro hac secunda sententia pugnat *Salomonius* hic.

9 Pragmatici vero, videntes, & ipsi controversiam esse intèr antiqoiores Interpretes, *Castrensem* ex una, & *Alexandrum*, & *Iasonem* ex alia, an verba illa hujus §. *qui testamentum faciet is omnis virilis sexus, qui ei suus hares, &c.* activè sint exponenda, idest de his, qui faciunt testamentũ, ut *Accurs.* dicebat, qui *legis Velleia* provisionem ad testantes fuisse directam existimavit, an verò passivè, de his, qui instituuntur, ut *Pileus* sensit, qui ad mares institutos eamdem provisionem *Velleiam* referebat, accipi debeant. Sumpta occasione plura disserunt de vocatione lineæ masculinæ, vel lineæ descendentis per virilem sexum, &
10 in varias sententias scinduntur; nàm sunt qui vocata linea masculina, & descendentibus per virilem sexum fœminas ex masculis descendentes, non esse vocatas contendant, atque in foro ità recipiendum velint cum *Menochio cons. 295. & 305. & Grasso in §. fideicomm. qu. 15. num. 3. & Peregrino tùm cons. 11. à num. 15. lib. 2. tum de fideicomm. art. 26. nu. 23.* Sunt alij qui è contrà vocatas existimant cum eodem *Menochio* qui palinodiam cecinit *cons. 318. num. 6. cons. 379. num. 26. & cons. 625. num. 8. Grammat. decis. 63. num. 2. Mantica de coniect. ult. vol. lib. 8. tit. 11. num. 9. Cevallos com. cont. com. q. 54.* Quidam vero distinguendum putant an vocentur descẽdentes ex linea masculina, an verò descendentes per lineam cum *Soccino Seniore* in hac nostra *l. Gallus in §. nùnc de l. Velleia*, vel an dixerit à linea, vel ex linea cum *Ale.* hic alij distinguunt cum *Berovo cons. 77. nu. 19. lib. 2.* an fuerint vocati descendentes conditionaliter, idest an fuerint in conditione positi, an vero vocati dispositive. Sed non desunt qui & has omnes distinctiones impugnent, ut videre est apud *Fusarium* fusè rem tractantem de *fidecomm. subst. quæst. 345.* adeo ut quid sibi in hac quæstione *Interpretes*, vel *Pragmatici* velint; vix dignosci, vix certè asseverari possit adeò varij sunt, & confusi.



CAPVT XVIII.

De secundo legis Vellejæ capite.

SVMMARIVM.

1 *Quid hoc secundo Velleja legis capite inductum sit, quorundam sententia.*
2 *Sed displicet.*
3 *Fabri emendatio.*
4 *Reijcitur.*
5 *Plerumque nova leges antiquas confirmabant.*
6 *Reijcitur obiectio ex Iustiniani loco.*
7 *Quid Repetentes.*
8 *Appellatione suorum descendentium veniunt etiam fœmina.*
9 *At quid appellatione linea?*

1 Secundo *l. Velleia* capite quid fuerit inductum, investigãtes Interpretes frequẽtissimè, in ea sententia ivère, quæ tùm antiquos quosdam, tùm Interpretum omnium Principem pro se habet *Alciatum* nempè *3. paradoxor. cap. 19. & Jacobum Cujacium in comment. ad hanc legem*, & docet, inductum in hoc secundo capite à *l. Vell.* prius ut nepotes præmortuis parentibus in eorum locum succederent; ideòque rumperent, deindè ut instituti non rumperent.

2 Sed huiusmodi sententia plerisque displicuit, quibus ego assensum dedi; dum quid inductum in secundo hoc capite fuerit in *Suspicionum libris* proposui, eandem, & *Faber* hic ex professo impugnat, cujus dum finem laudo, modum respuo; nàm contendit nullo modo in *l. Velleia* de successione nepotum in locum parẽtum tractatum esse: ideòq; & verba illa in §. videndum *l. Gallus in locum*
3 *suorum sui hæredes succedunt* contrà fidem omnium Codicum dispungit.

4 Et quidem, si verum fatendum est, sicuti Ratione suadente negari non potest, quod inspecta etiam *lege 12.* tabulatum, nepotes in parentis locum succedebant; ita quoque, quia plerisq; in iuris nostri Capitibus expressum est negari non debet quod de successione istorum nepotum in præmortuorum parentum loco peculiaritèr tractatum fuerit in *l. Velleia*: nàm & in hoc §. *videndum est, & in l. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* apertissimè dicitur,

cum

cum autem utrumque verum sit,oportet asserere *l. Velleiam* non induxisse, quod jam fuerat inductum, sed confirmasse, & sanè si quis *leges Romanas* intuebitur, videbit sæpè sæpiùs ità usitatum, oam quod antiquitùs obtinebat assumptum à nnva lege, & cõfirmatum distinctum, limitatum, aut ampliatum plerumque fuit, proponam exemplum *legis falcidia*, cujus verba *Paulus in l.1.D.ad l.falcidiam* refert, io hac lege primo capite oil, aliud actũ, quàm repetirum illud ipsum, quod *l.12.tabularum* de testandi facultate fuerat sancitum: Secundo capite posteà idipsum restrictum, ut & in *l.Attinia de usucap. rei furtive* servatum *Franc. Balduinus in doctissimis suis commentarijs ad l. falcidiam* adnotavit; Itaque & hoc ipsum dicendum erit in hac *l. Velleja* factum, & id quod *lege 12.* tabularum fuerat inductum, ut nepotes in locum patris succederent assumptum cõfirmatumq; & proindè ejus
6 esse ea verba *sui hæredes succeduntο in §.videndum* constanter dicemus. Quod autem *Justinianus in d.l.filium 34.* id quod *lex Velleia* confirmavit, veluti a *lege Velleja* inductum proponat usitato more (nè in eas angustias, io quibus *Faber* nos reponamur) fecisse constat. Nam vel ipsi Juris Con-
sulti, nõ solum idem *Justin.* sæpè sæpiùs, quod à secunda confirmatum aut assertum est lege ab ea jussum dicere solent quooiam juxta eam in praxi usurpandum fuerat; hinc cum in *D. Pij* Rescripto *de Repetitione legatorum* plura essent, quæ antè illũ obtinuerant, sed ab illo fuère confirmata, ut alibi observavimus, ea omnia eidem Rescripto Juris Consulti apponunt, & tanquam ab illo iussa adducunt, ex his itaque apparet, quod & si *lege Velleia* non primum inductum, ut posthumi succedant in locum parentum, nihilominùs retineri recepta lectio debet in *§.videndum.*

7 At *Repetentes* hoc secundo legis *Velleia* capite inductum contendunt, ut nepotes vivo avo nati, post mortem patris avo fierent sui eique adnasceerentur, & proindè instituendi, vel exhæredandi, ut latiùs post *Glossam Salomonius* explicat, & quoniam ipsi post *Bart. & Baldum de significatione* hujus verbi *hæredis* plura ad hunc §. quæ & *Jason* hic, & in *§. etiam imponente num. 11. & Socciuns junior consil. 187. num. 5. lib. 2. & Rubeus conf. 8.*
8 *num. 9.* recepère; Nostri addunt nonnulla de suorum descendentium appellatiooe, & quinam in ea veniant, & concludunt in substitutionibus, & fideicommissis appellatione suorum descendentium etiam fœminas venire, ut probant *Mantica de coniect. lib. 8. tit. 11. Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 84. & præsumpt. 91. Peregr. de fideicomm. art. 20. nu. 8. & Fusarius de substitutionibus q. 325.* qui tamèn hoc notabilitèr limitant, si adsit statutũ, ut adest in hoc Regno, quod stàtibus masculis fœminæ non succedant; tunc enim ex eo quod testator præsumitur voluisse cũ dispositiooe statuti se cõcordare, feminas contineri noo placet, & appellatione descendentium masculos, non feminas comprehendi.

Quòd si testator non descendentes, sed lineam vocasset, an feminas & quas feminas vocasse credendum sit; pluribus Doctores disquirere solent; placet tamèn quod *Alexander Raudensis* adootavit *lib. 1. de analogis c. 19. sub num. 6.* quod scil. hæc vox *linea* accipiatur in famosiori significatione, ideòque lineam testatoris comprehendat, & effectivè significet.



CAPVT XIX.

Improbatur Fabri sententia circà secundum legis Velleiæ Caput.

SVMMARIVM.

1 *Obiectio adversus sententiam de secundo legis Velleia capite a Fabro proposita.*
2 *Refellitur.*
3 *Nova Fabri Ratio.*
4 *Reiicitur.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Salomonii aliorumque querela.*
7 *Sed iniusta, & indocta quoniam Iustiniani tempore Juris Consultorum antiquorum scripta non extabant.*
8 *Qui cum Fabro concordent?*

NON contentus in Superiori capite *Alciati, & Cuiacij* sententiam refutasse *Faber*; hic veritatem ipsam impugnat, ut coniecturis suis nempè mendacijs iter faciat.

1 Ait itaque nequaquàm verum esse non aliud *Vellejum* in hoc secundo capite effecisse, quàm prohibere, oe nepotes, qui instituti fuerant rumperent testamentum eo prætextu, quod iostituti tanquàm extranei fuerant, ouoc sui sint effecti: Etenim, ait ipse, in *l. si quis hæres 8. D. de iniusto rupto in l. filius 23. §. si Titius D. de lib. & posthum.* substinetur extranei substitutio, quanquàm ille deindè arrogatiooe, vel adoptione suus fiat testatori.

2 Sed ut rectè ratiocineris, mi *Faber*, te oportebat primum probaße citata responsa ante *legem Velleiam* fuisse prolata, non post ipsam; & quod in illis dictum est, non esse referendũ ad *legis Velleia* provisionem, cujus sanè mentio, eo quòd vulgò res cognita, & ibi, & alibi,

& ab

& ab ipso *Scevola* allata, omissa est, nec iniuria; nam quis ignorasset nonnisi ex hac lege quæ omninò necessaria admitti potuisse, ut institus tanquam extraneus censeretur tanquam suus institutus; quando longè aliud est, an quis sit suus, an verò uti extraneus instituatur *l. si posthumus* 14. §. *ult. cum l. sequenti D. de liberis, & posthumis.*

3 At videamus quàm *Faber* veriorem, & subtiliorem, ut loquitur *n.* 3. attulerit rationem, illa hęc est, quod ideo *legis Velleiæ* secundum hoc caput necessarium fuerit, quia cum in institutione hujus nepotis priùs est, ut primus gradus vacet, & perimatur, subducta de medio persona filij, deinde ut nepos institutus videatur qui tamen statim mortuo filio subintrat in gradum; hinc sequitur, ut in primo illo instanti se præteritum nepos reperiat, adeòque rumpat, quod sanè eveniret, nisi *Velleius* vetasset.

4 Verùm enim verò quis unquam hujusmodi argutas ineptias admittet, si reminiscatur, quod & *Chesius* optimè advertit *d. c.* 49. *nu.* 8. legem ipsam in delationibus in instanti operari *l. fin. D. quando dies legati cedat l. fin. D. de cond. inst. l. filius D. de lib. & post.* ideòque in eodem instanti, quo nepos subintrat in gradum eidem ex institutione avi hæreditatem deferri: Et quidem si instans illud, quo filius moritur vitæ computatur, ut *Faber* aliàs volebat, etiam ex hoc sequetur in eo instanti nō subintrare nepotem in locum filij, nam non adhùc vacat: subintrare autem in secundo instanti, in quo valet dici quod filius mortuus est, & in quo institutio locum habebit; nq; fingendum in primo instāti filiū mori, in secūdo nepotem subintrare, in tertio ei hæreditatē deferri ex Avi institutione; nā codē, & unico instanti hæc omnia fieri nō solum possunt, sed opus est ut fiant; ne dicamus anteà subingredi in locum patris nepotem, quam patet decedat: rectè itaque dicetur quod in eodem instanti verum est filium decessisse, & nepotem in sui locum subintrasse, & verum etiā ipsa statim lege operante eidem ex Avi provisione hæreditatem deferri.

5 Sed non ita ratiocinantur vulgares Interpretes, sed ideò necessarium *legis Velleiæ* secundum caput contendunt; quoniam antè ipsum nepotes, & si substitutionis titulo instituti fuissent, attamē cum sui fiebāt, inutiliter instituti apparebant; at qua de causa itā eveniret *Imola, & Alexander ad hunc §. vidēdū, & ad l. inter cætera in fine, ubi & Accursius*

6 *D. de vulgari* anxiè disquirūt, *Salomonius* verò hic de *Triboniano* conqueritur, ejusq; invidia, quæ legum duodecim tabularum, aliarumque vetustarum, ne vestigium quidèm ad nos venire passus sit. Sed querela hæc, quanquam & aliorum doctissimorum hominum fuerit mihi parum erudita nedùm injusta videtur; nàm quoad leges duodecim tabularum attinet, & si sciam *Ciceronem* earum libellum, vel bibliothecis integris præposuisse: Scio etiam eumdem, aut non habuisse præ manibus, aut habuisse talem, ut illius usus esse non posset, & ideò cum voluisset legū duodecim tabularum capita referre eadem sibi fingere opus habuisse, aut saltèm suis verbis nobis proponere, & suis verbis concipere coa-

7 ctū fuisse; & quod attinet ad prudētum Interpretationes circà easdem leges duodecim tabularum, ex quibus sanè hæc materia, de qua agimus disci potuisset, scio interpretationes illas longè ante *Tribonianum*, & *Justinianum* deperditas: nàm & antiquorum Juris Consultorum *Massurij Sabini, Cassij Longini, Celij, Jaboleni, Coccei Nervæ, Proculi*, & similium, quinimmò & sequentium scripta *Juliani*, & *Marcelli* multo ante *Justinianum* idest temporibus *Theodosij*, & *Valentiani* vix reperiebantur incertaque erant, ut videre est in prædictorū *Theod. & Valent.* Cōstitutione, quæ extat *in Cod. Theodos. sub tit. de Responsis prudentum*, in qua jussum ut *Scevolæ, Sabini, Juliani*, atque *Marcelli* sententiæ ratæ sint. *Si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum, Codicum collatione firmentur* ex quibus verbis asserere non dubitavit *Anianus* quod *Scevola, Julianus* atque *Marcellus in suis corporibus non inveniuntur, sed in prælatorum, idest Papiniani, Pauli, Gaij, Vlpiani, Modestini, &c. opere tenentur inserti.*

8 Tandem quæ de dispositione *l. Velleiæ Faber* hic disputat placuère tùm *Piccardo in comment.* ad hanc legē, tum *Alphonso Caranza*, alioquin non admodùm *Fabrianæ* sectæ propenso in *tract. de partu c.* 2. *de fætu, seu ventre* §. 1. *illat.* 13. *sect.* 2. ubi & *num.* 152. repræhendit *Salomonium* quod crediderit tam formulam Aquilianam, quam provisionem *l. Velleja*, & denique *Juliani* inductionem, eò respexisse, ut omnes sibi persuaderent iure Civili, & quidèm antiquissimo duodecim tabularum, posthumos succedere potuisse.



CAPVT XX.

Exhæredatione perimi jus suitatis probatur adversus Fabrum.

SVMMARIVM.

An suitatis ius exhæredatione tollatur; Quidam affirmant.

2 *Faber negat alios sequutus.*

3 *Alii*

3 *Alij distinguunt.*
4 *Primum Fabri argumentum destruitur.*
5 *Consideratio reicitur.*
6 *Secundo argumento satisfit nam non idem jus suitatis cum jure potestatis.*
7 *Repetentium sententia.*
8 *Quæ jura Exhæredato remanent.*
9 *Remanere majoratum nostri volunt.*
10 *At non jus patronatus Ecclesiasticum nisi majoratui conjunctum.*

1 IN hac quæstione, utrum suitatis ius exhætedatione perimatur; communis opinio à *Bart. Jasone, & Soccino* primum introducta, deindè à doctissimis Neotèricis præsertim *Goveano 1. variar. 5. Cujacio in l. multi 18. de lib. & posth. & lib. 13. q. Papin. ad l. 42. D. de bonis libertorum Donello 7. comment. 2.* approbata affirmat, mota evidentissimis rationibus, & apertis iuris nostri responsis *in l. Papinian. 8. §. si ex causa D. de inoff. l. si quis posthumo, 9. §. si filius 13. de bonis libert. l. filius 20. D. de contr. tab. l. 1. §. sciendum l. 3. D. de suis, et leg. l. 1. §. si pater de coniungendis, &c. §. 1. inst. de success. libertorum.*

2 At non desunt qui id negent, & contendant, nequaquàm verum ius suitatis perimi exhæredatione, præcipui sunt *Fr. Hotom. 7. obser. c. 10. Lortotus de apicibus juris axiomate 55. Forsterius 2. de success. c. 18.* alijque, è quibus cum omnia, quæ hic congerit *Faber* desumpserit, iactat tamen in principio se investigasse quæ à juris Doctorib. ignorata sūt.

3 Inter has discordantes sententias, sunt, & qui distinctionis fædere conciliare dissidium conantur, ut *Osualdus in notatis ad Donellum d. lib. 7. comment. c. 1. lit. C. & Bachovius in notatis ad Trentl. vol. 2. de acquir. hæred. disp. 12. Thesi 2. lit. B.* & qui Explicantem rem omnem disertissimè *D. Melchiorē de Valenza illustr. tract. 1. de suorum hæred. jure c. 4.* sequūtur, sed si *Fabri* coniecturas investigemus; ea omnia quibus propriam sententiam adstruere conatur, quod neqnaquàm tollitur per exheredationem jus suitatis, levissima, & ab alijs jàm refutata inveniemus.

4 Etenim primo argumento, quod si exhæredatione ius suitatis perimeretur, utique filij persona exhæredata nepotibus non obstaret: at obstat illa, & impedit, ne sui hæredes fiant *l. si quis posthumus §. si filium D. de lib. & posth. l. si quis filio exhæredato 6. D. de iniusto rupto l. scripto 7. D. unde liberi.* Ergo.

Respondetur, non rectè ex vero antecedēti quod filius obstet, desumi consequentiam falsam; non esse ius suitatis extinctum: etenim cum hæc exhætedatio non priùs incipiat quā moriatur testator; (nullum enim in illius vita effectum producit, ideòque diversa ab abdicatione est quæ inter vivos effectum sortiebatur *l. abdicatio 6. C. de patria potestate*, quod *Cujacius ad d. tit. adn.*) sequitur, ut nunquàm fiat locus nepotibus adnascendi, & in suis hæredis locum subintrandi, vivente patre, qui cum adhùc vivit, & si in testamēto exhæredatus; quia exhætedatio ut cætera in testmento contenta, nonnisi post mortem vigorem accipient, retinet omnia suitatis iura, ac si exhæredatus non fuißet; cū verò posteà decedit pater, & si ipse è medio tolli incipiet quia tamen, defuncto Avo, non est cui adnascantur nepotes: meritò Responsum est eos non subingredi; nā subingressio, vivo avo, oportebat fieri: at illo vivo, pater obstitit cuius exhætedatio adhùc sortiri effectum non poterat.

5 Néq; consideratio illa, quod cum exhętedatio non aliter vires habere possit, quam si adita sit hæreditas *l. filium 20. §. sed cum exhæredatio D. de bon. poss. contrà tab.* videatur priùs filius suus hæres patri esse, deindè exhæredatum iri, atque ità exhætedatio non penitus iura suitatis abscindere, sed ex post facto, & postquàm filius suus hæres fuit, & omnia suitatis iura obtinuerit; his quæ dicta sunt aliquid obstat.

Nam, ut benè *Valenza num. 7. ubi suprà* advertit cum institutus adit retrò hæres fuisse censetur & ab eo instanti in quo testator defunctus est *l. hæres quando 54. D. de acqu. hæred. l. si ex asse 28. §. ult. D. de stipulat. servorū l. omnis 138. l. omnia 139. D. de reg. iur.* unde cum ità sit, nullum instans est, in quo filius exhæredatus suus hæres patri esse possit, quandiù enim ille vivit, vivētis nō est hæreditas; cum moritur in eo instāti is qui institutus, fit hæres ut sequuta aditio demonstrat: & proinde non fuisse locum filio, vt suus esset succedendo, alioquin dicere oporteret quod ab instanti mortis usque ad tempus aditæ hæreditatis fuit quidem hæres is, qui adijt institututus, at fuit hæres etiam filius, contra regulas tex. in *l. si ut certò 5. §. si duobus D. commod.* Et contra id quod respondet *Triphon.* in simili in *l. de hæredit. 19. §. quod autem D. de Castren. peculio.*

6 Secundo argumento, quod si exhæredatio ius suitatis auferret, utique substitui pupillaritèr, & tutor dari non posset exhæredato: at posse dicunt iura in *l. 2. l. si plures 10. D. de vulgari l. pater 4. §. si nemo in l. 10. in princ. & in §. qui filium l. si pater 31. D. de testam.* ergò.

Facilior respōsio est; nàm cū Nos de suitate tractamus, non aliud post *Alc. & Val.* intelligimus, nisi ius illud, quod filius habet, vivente adhùc patre in patrimonio (Cuius quodammodo Dominus etiam tunc dicitur) itàut patre demùm defuncto Dominium in eo

continuati potiùs, quam incipere dici solet, & potiùs suorum bonorum liberam administrationem nancisci, quàm bona ipsa tùnc primum acquirere *l.in suis D.de lib.& post.l.1. §.longius D.de succ.edicto*, hoc autem ius, quãvis à jure patriæ potestatis, aut pendeat, aut cum eo coniunctum sit, non tamen sequitur, ut nequeat à patria potestate separari; aliud enim est ius in hæreditate habere, aliud sub patria potestate esse; argumẽtum rei quod nemo dicet emancipatione filium exhæredari, & tamen dicit patria potestate exire; à pari igitur, tolli quoad hæreditatem fultatem à filio est dicendum per exhæredationem non patriam potestatem tolli, ut latius *Valenza*, & alij probant, ex quo deduducitur posse filijs exhæredatis veluti etiam sub patria potestate manentibus substitui pupillaritèr, & tutor dari *l.impuberi 4. D. de adm. tut.l.2.l.41 .§.cum filius* D.*de vulgari* nàm hæc omnia patria dumtaxat potestate nituntur; sicuti, & iura sepulchrorum retinere filium & si exhęredatum dicimus *l. vel quod 6. de relig.* & liberti assignationem *l.1. §.sed si D.de assignandis libertis*; hæc enim etiam patria potestate nituntur *l.1. in princ. D.de assig.libert.* sivè iure filiationis *l.utrumq; l.ult.D.de assign.* & non suitatis *l.3. in princ.§. 1.D.eod.tit.*

Malè igitur *Faber* confundit patriam potestatem cũ suitate; nam hac constat filium privari, illa nequaquam liberari *l. non putavit 8. §.non quamvis D. de bonor.poss. contr. tab.l.quidam cum filius 132.D.de verb.obl.d.l.si quis post.9.§.qui filium D.de lib,& posth.*

7 Prætereà, & illud supradictis addendũ est, quod plerique ex Antiquis, sicut, & meliores Neoterici, stant contrà *Hotomanum, & Loriotum* nempè adversus illos, à quibus omnia sumpsère *Faber*, & *Piccardus* in hac quæstione utrum per exhæredationem ius suitatis rũpatur; nàm & si concedant quod filio exhæredato adhùc iura quædam filiationis remaneãt illæsa, suitatem tamen quoad successionem, & similia per exhæredationem disrumpi contendunt, & abscindi, eamque exhæredationem ex tempore mortis testatoris vires habere, & effectum sortiri dicunt, si postea non fuerit destitutum, vel rescissum testamentum *l.Papinian. 8. §.si ex causa D.de inoffic.testam.l.si quis posthumus 9.§.qui filium D. de lib.& posth.l.qui in aliena 6.§. interdum D. de acquir.hered.l.1.§.sciendum,& l.3. D.de suis,& leg. hered.* cum concordantibus, ut passim scribunt post *Bart.in citata l.1.§.sciendum,& in cit.l.qui aliena 6.§.interdum,& post Alex.& Jason.ibid.* aliosq; cum quibus *Gom. 1. variar.cap.11.n.12.& Soccin.cons.75.n.8.* Monachismũ tñ suitatẽ non tollere dixit post alios *Campanilis.in divers.Rubr.12.c.10.n.4.*

8 Sed an intèr ea iura, quæ filiationis esse diximus, & filio quamvis exhæredato remanere jus patronatus sit, ideoq; in eo exhæredatus succedat, anceps quæstio est, cujus veritatem disquirit *Valenza dict. lib.2. tract. illustr. tract.1. de suorum heredum iure, & successione cap.4.à num.26.* cum quo videndus etiam *Molina de primogen.lib.1.c.8. n.6.*

9 De majoratu vero, quoniàm constat illud respectu primi fundatoris iure hæreditario deferri, respectu verò ultimi possessoris iure sanguinis, sequitur ad eum exhæredatũ ab Institutore ipsius majoratus nõ admittendũ: at à Cæteris, & ab ultimo possessore exhæredatum admittendum esse; quoniàm uti filius non uti hæres ad primogeniũ venit, ut idem *Molina loco cit.c.9. n.5.* adnotavit, & *Pinellus de bonis maternis p.3.nu.99. Covarr.in cap.si heredes de testam.Greg.Lopez in l.4.tit.15.p.2.Gl.1.& in l.fin.tit.10.partita 6* quod etiam dici poterit in donationibus propter nuptias, quæ filijs nascituris fiunt, itèm, & in lucris illis nuptialibus, quæ Antephatum Nostri dicunt, quotiès adiectum pactum fuerit, ut filij, & succedentes ad ea admittantur uti filij, non uti hæredes; nàm dum has donationes, & hæc lucra filios tanquàm filios habere non uti hęredes Nostri volunt, sequitur, ut & si exhæredes sint habeant ea, & lucrentur.

10 Secus tamen esse in iure patronatus Ecclesiastico nõnulli advertunt, ea nimirum ratione, quod cũ nõ possint hujusmodi iura ecclesiastica, nisi cum Universitate bonorum transire, ideò ad filium exhæredatum ad quem hęreditas non pertinet pervenire non possunt *Cov.lib.2. variar. c.18.Acosta in c.si pater 2.p. ver.Trebell.n.4.Molina lib.1.c.23.n.6.* alijque cum quibus *Marescottus variar. 2.cap.55.n.8* nisi ius patronatus Ecclesiasticum annexum primogenio fuerit, & Maioratui; nàm tùnc illud sequetur, nèc ab ultimo possessore exhæredatio nocebit facta *Molin.d.c.23.nu.27.* & ex eo *Valenza* supra citato loco,

Finis Noni Libri.

D. HIE-



D. HIERONYMI BORGIÆ J.C. INVESTIGATIONUM JURIS CIVILIS LIBER DECIMUS.



CAPUT I.

Cur opus fuerit Vellejana provisione, & cur vulgaris substitutionis formula non sufficerit.

SUMMARIUM.

1 *Sententia, & Responsio Fabri.*
2 *Impugnatur.*
3 *Et rursus ex alia ratione.*
4 *Repetentes, & Pragmatici Nepotem Velleianum existimant vulgaritèr substitutum.*
5 *Nepos iuxta Vellei formulam institutus tanquam substitutus vulgaris succedit.*
6 *Praemortuo instituto, testamentum sumit vires à substitutione vulgari ab eaque incipit.*

1 Elegans quæstio est, cur non sufficiens visa sit *Velleio* etiam sicut *Gallo Aquilio* vulgaris substitutionis formula, & rejecta viri acutissimi *Antonii Goveani* Ratione Responδet in hoc capite *Faber* sub *num. 6.* non quidèm insufficiëtem fuisse visam, aut ineptã, sed nihilominùs fuisse necessarium secundum *legis Velleiæ* caput ad defendendam institutionem Nepotis, quæ quibuscunque facta verbis, facere non poterat quominùs nepos etiam utilitèr institutus succedendo rumperet.

2 Sed mihi hujusmodi Responsio minùs vera, & minùs apta videtur. Primò, nàm cum quæstio sit, utrum fuerit sufficiens, nec nè vulgaris substitutionis formula, si respondeas fuisse, falsum dices, nam si ita, cur nepotes secundum illam instituti, aut veriùs substituti testamentum rumperent? Replicabis rumpent; quia sunt sui effecti: sequitur ergo ad hunc casum in quo nepotes sui effecti fuerint insufficientem substitutionis formulam fuisse, & ineptam: labitur ergo *Faber*, qui contrà putat; non distinguës aliud esse quærere an vulgaris formula apta sit, & sufficiens, & aliud an ad casum, de quo agimus, & de quo *Velleius* egit fuerit talis; quando distinguere debuerat, & sicuti in priore affirmativè, ità in posteriore negativè respondere.

3 Secundò si verum est potuisse hos Nepotes rumpere ante *legem Velleiam*, verum etiam

 erit

erit,inutilitèr institutos, aut substitutos per formulam vulgaris substitutionis fuisse, nam nihilominùs sumpebant testamentum;igitur formula vulgaris insufficiens, & inepta. Neq; dicas utilem,& aptam à principio,sed postea non talem, nam replicabo quod dum illa faciebat,ut nepos, de quo agimus, potuerit institui, vel substitui filio, & tamen non faciebat ut nepote suo effecto testamentum substineretur,& non rumperetur, jam satis eõstabat insufficientem fuisse quicquid *Faber* commentus suprà fit in explicatione secundi capitis *legis Velleia* id quod aliàs falsum ostendimus *Suspicionum libris*.

Hinc ne alibi dicta hic repetamus dicimus quòd hæc quæstio, cur non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis ad impediendum, ne succedendo nepos *Velleianus* rumperet; pendet ex illa, de qua suprà actum est scil. à dignoscendo quid nam sit illud novi,quod *lex Velleia* induxit;in hoc autem eũ quid Repetentes senserint, jàm retulimus, & eum quid dicendum sit jam adnotavimus supra; solutio ad præsentem quæstionem cur non fuerit sufficiens vulgaris substitutio, ab illis jam dictis petenda erit.

4 In eo autem quod ait *Faber* hic *num.* 6. scil. vulgaris substitutionis formulam neque ineptam, neque insufficientem ad *Velleiani* nepotis instituionem fuisse, adeò concordant plerique ex *Repetentibus*, & *Pragmaticis*, ut sicut aliàs diximus,nullo agnito discrimine hunc nepotem juxtà *Vellei* præscriptum institutum,vulgarem substitutum dicant, & de *Velleiana* institutione tanquàm de vulgari substitutione passim disserant,ut apud eos videre est.

5 Hinc cum *Velleius* instituendos esse pronepotes pronunciaverit sub illis verbis:; *Si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit*, hoc facere non aliud esse vulgò existimant, quod & *Faber* fatetur *num.* 2. quam substituere eum formula vulgari (*si hæres non erit*) unde vulgo etiam deducunt hunc pronepotem tanquàm vulgaritèr substitutum testatori ipsi succedere, & ita post *Odum*, *Grassum*, *Petram*, *Gabrielem*, *Trentacinquium*, & similes, notat *Fusarius de substit. qu.* 32. undè passim apud Nostros invenies illud ipsum quod hic

6 *Faber* nempè quod præmortuo instituto testamentum à substitutione vulgari vires sumet,ut apud *Grassum in §. substitutio quæst.* 10. *nu.* 1. *Trentacinquium de substitutione par.* 14. *cap.* 10. *Manticam de conject. lib.* 5. *tit.* 5. *nu.* 4. *Boerium q.* 38. *n.* 25. *Magonium decis. Florentina* 4. *num.* 76. & alios apud *Fusarium q.* 23. *num.* 1. adnotatum est.



CAPVT II.

Ad §. sequ. parte in l. Gallus.

SVMMARIVM.

1 *De hoc §. suprà dictum est.*
2 *Malè Faber explicat.*
3 *Malè reiicit emendationem Cuiacii, & Goveani ut receptam lectionem defendat.*
4 *Omninò emendanda recepta lectio, & quomodo.*
5 *Veteres contra quod Faber, volunt opus esse exprimi casus mortis Civilis in Aquiliana formula.*
6 *Pragmatici esse Regulam dicunt quod admissum in morte naturali admittatur in morte Civili.*
7 *Sed limitant in donatione.*
8 *Item in substitutione facta in casum mortis ei qui monasterium ingressus est.*
9 *Quod casus mortis in proposito comprahendat casum mortis Civilis,est ex speciali provisione admissa circa legem Velleiam.*
10 *Sed generalitèr non idem de una morte quam de alia dicendum est.*

1 Quoniam quod scriptum est in §. *quid si tantùm* satis, superque, & à Doctoribus explicatum, & à nobis investigatum suprà fuit;non opus erit sumpta occasione ab hoc §. *sequenti parte* eadem nunc repetere: sed sat erit si admoneamus.

2 Primò malè *Fabrum* sub *num.* 3. & 4. quæ suprà dixerat inculcare, nempè casus deportationis, aut captivitatis exprimendos in *Aquiliana* formula esse,ideòque eon cipiendã eam nõ solũ sub illis verbis, *si vivo me, moriatur*; sed etiam sub illis: *Capiatur ab hostibus, deportabitur, &c.* idque esse dicere sententiam supplere,non formulam. Malè sanè;nam & si ut nos suprà diximus, casus deportationis, & servitutis à *Gallo* non expressi, admittantur; tamen ex sententia *legis Velleia*, ut rectè *Scevola in §. quid si tantùm ait*;ex hoc nõ deducitur quod exprimi debeant in formula casus prædicti. Siquidem si forent expressi frustratoriè, vel J. Consulti authoritatem, vel legis sententiam imploraremus; nã quid opus ad sententiam legis recurrere si in eadem formula adijciebantur,& supplebantur apertissimè alij casus? recurrit itaque ideò ad sententiam legis *Scevola*, ut ex ea omnes casus rumpendi,auferret, & hos & si in formula non expressos comprahensos tamen faceret à simili-

militudine rationis, & sicuti ex verbis *l. Vellejæ* institutio facta nepotis prohibet eum rumpere, etiam si deinde suus adnascatur testatori quia utilitèr à principio fuerat institutus: ità & institutio utilitèr facta in casum mortis prohibeat rumpere etiam in casum deportationis, vel servitutis; quia potuit mori filius in quo casu nepos non rumperet, unde cum lex *Velleja* voluerit omninò consulere firmitati testamentorum, opus fuit, ut ipsa quod in uno casu expressum fuerat à testatore tamquam in similibus expressum haberet.

3 Secundò, & malè eundem *Fabrum* reiecere ut retineat lectionem receptam *Goveani*, & *Cujacij* emendationem ad vers. *nec solum si nepos, vivo patre decedat*, cum nullo modo possit recepta lectio defendi: hæc enim vel primo intuitu se corruptā prodit, nam quorsum illa? *nec solum si nepos, &c. nec succedens pronepos, &c.* & quid illo obscuriùs *Avo mortuo rumpat*?

4 Insuper, & si cum *Fabro* Avum in præsentī filium testatoris esse dicas, nam hic procul dubio Avus pronepoti est, adhùc mutilus, & obscurus contextus remanebit, nam cum quæstio sit, vel ipso *Fabro* fatente de pronepote, & de hujus agnatione, & per consequentiam de ruptura testamenti ejus causā, hæc quæstio tractari non potest, nisi ponas non solū ipsos pronepotis avvum, testatoris scilicet filium; sed, & ipsius pronepotis patrem, scilicet testatoris nepotem prædefunctos, hoc autem posito scribendum fuerat, *avo, & patre mortuo rumpat*. Nam non commodè, id quod de patris morte dicimus, exprimunt antecedentia illa: *nec solū si nepos, vivo patre decedat*; quādoquidē ex sequentibus *nec succedens pronepos* videtur reijci quod dictū est in antecedentibus. Hinc ex his omnino dicendum textum emendatione egere, & si ea quæ *Cujac.* & *Gov.* attulēre non placeant, alia excogitanda esse, & nos quidem in *Suspicionum libris*, ita emēdavimus huuc versiculum (*ideòque non solùm si nepos, vivo patre, decedat succedens pronepos avo mortuo non rumpet.*) *Sed & si supervixit patri, ac decedat, dummodò heres institutus sit, vel exhæredatus.*

5 Quod autē *Faber* hic repetit de exprimendis casibus relegationis, & servitutis in Aquilij formula, antiquis Interpretibus non placuisse iàm diximus ex *Accursio, Bartolo, Alexandro, Angelo, Paulo de Castro, &* *Jasone* relatis à *Gilkenio* in repetitione ad hanc *l. Gallus §. quid si tantùm num.* 3. sicut nèc placuit plerisque ex Neotericis præsertim *Fachineo contr.* 10. *cap.* 45.

6 Similiter, *Pragmatici*; quoniàm ex Regula generali admittunt, dispositionem factam in casum mortis, cum militat eadem ratio, & cum idem nascitur effectus, locum sibi vindicare etiā in morte civili testibus *Cassad. dec.* 16. *tit.* 1. *Grato consil.* 21. *n.* 80. *Rol. a Valle de lucro dotis q.* 957. propterea adversùs *Fabrum* concludunt, non opus esse in formula Aquiliana casus mortis civilis exprimi, expresso casu mortis naturalis; ut sentiunt post *Menochium cons.* 388. *n.* 25. *Hondedeum cons.* 63. *n.* 4. *lib.* 1.

7 At Regulam suprà positam limitatam volunt ex ijsdem Nonnulli in donationem; nam facta ea in casum mortis non habebit locum in casu deportationis, vel servitutis, ut concludunt cum *Paponio lib.* 24. *tit.* 15. *Aresto* 1. & *Cassan. ad consuet. Burgūdiæ tit. des Droict.*

8 *rubr.* §. 6. *Gl.* 6. *num.* 3. Rursùs, eandem Regulam alij limitant in quæstione illa, an substitutus datus hæredi in casu mortis admittatur statim quod hæres monasterium ingreditur, ibique professionem emiserit, nā volunt, mortem illius naturalem expectandā, quanquàm non desint, qui reclament, ut videre est apud *Fusarium de fideicomm. substit. quæst.* 430. in quo loco plura ad materiam invenies.

9 Cæterùm ego, & si existimem rectè sentire eos, qui in materia huius §. de quo agimus casum mortis naturalis expressum comprehēdere casum deportationis, & servitutis, adeòque mortis civilis dicunt: attamen id evenire existimo non ex Regula generali, sed ex speciali provisione, qua hic ita admisū est; nàm si non ex ea esset, & Regula generalis pro comprehēsione mortis civilis sub dispositione mortis naturalis staret, utique *Scevola* de hoc dubitasset ineptè; quæ enim ratio dubitādi si ex communibus recepitsque Juris Regulis jam certum fuisset de comprehensione; igitur dicendum erit quod & si in alijs per communes Regulas aliter foret admissum; attamē sententia *l. Vell.* recepta est, & ducta interpretatione ab hac lege, per modum supplementis receptum, ut quod in unum casum expresū fuerat, ad alios porrigeretur; unde extra

10 materiā non debuit adeò securè generaliter pronunciari à Nostris, quòd mors naturalis æquiparetur civili, nàm adversùs hanc traditionem, quoad stipulationem attinet obstabit tex. in *l. ex ea parte §. insulam D. de verborum oblig.* ubi de deportato agitur, quē civiliter mortuum vulgò existimant, vide *Imolam ad l. cum pater §. hæreditatem num.* 26. *D. de leg.* 2. *Paulū de Castro ad l.* 1. *§. penult. de bon. poss. contra tab. Ripam in l. ex facto num.* 11 *D. ad Trebell. Beroum q.* 4. *n.* 4. & Quoad ultimas voluntates obstabit etiam *l. cum pater §. hereditatem D. de legat.* 2. & *l. statius Florus §. Cornelio Felici D. de iure Fisci*, de quibus alibi, & nos dicemus.



CAPVT III.

Ad §. videndum hujus legis Gallus.

SVMMARIVM.

1 *Quæstio proposita in §. videndum.*
2 *Explicatio eiusdem §.*
3 *De fictione legis Cornelia in proposita specie.*
4 *Reicitur Fabri ratiocinatio.*
5 *Vera ratio ab Scevola.*
6 *Faber eadem qua Veteres, & præcipuè Salomenius.*
7 *Gravatus pater de restituendo poterit alienare bona pro redimendo captivo filio.*
8 *Mercenario captivo solvendum salarium.*
9 *Militi captivo exsolvendum stipendium.*
10 *Nisi cum sua culpa, aut cu suo lucro captivus.*

1 CUm dixisset *Scevola* de secundo legis *Velleja* capite, proponit in §. *videndũ* huiusmodi speciem. Quidam filium apud hostes habens nepotem ex eo hæredem instituit, non tantum si se vivo filius apud hostes decessisset, sed etiam si se jam mortuo ille moreretur; quærebatur, an si defuncto demùm testatore filius decessisset, videretur rectè hic nepos institutus, & ad *l. Vellejam* pertineret, ideoque non rumperet? Ratio dubitandi erat; quia nepos in præsenti post avi mortem (nàm post Auum ipsius pater decessit) suus effectus videbatur. Sed concludit Juris Consultus rectè institutum esse, & non rumpere; idque duplici ratione, & quia lex *Velleja* nihil addidit quo significaret tempus, & quia vivo patre, idest testatore, Avo filius apud hostes pervenit, apud quos tandèm extinctus est.

2 Hæc *Scevola* ratiocinatio cum legis *Velleja* dispositionem perstringat, & ex illa veniat, rectissimè Interpretes cum legis *Velleja* fictione conjungunt, & explicant. Malè autem *Faber* nullo modo ad præsentem quæstionem eamdem fictionem pertinere contendit.

Et quidem verum non est, quod si fingas filium ab ipso captivitatis instanti decessisse, & nepotem in sui locum ante testamentum successisse, non opus erat huic providere, eo quod ne præteritus quidèm rumperet; sed tãtùm jus accrescendi haberet, ut *Faber* ratiocinatur *num. 1. in fine*. Nàm quinimmò omninò opus fuisse institui ex eo convincitur, quo nos, ut suprà, & *Suspicionum* diximus *libris* & nũc repetimos huiusmodi nepos suus effectus, primumque locum occupans, non potuisset impunè præteriri, sed ut cæteri sui hæredes omninò aut instituendus, aut exhæredandus fuisset, nèc ius illud accrescendi, de quo *Vlpianus* in *fragmen.* & *Justinianus* (qui occasionem errandi *Fabro* dedère) ad hunc nepotem poterat accomodari; quandoquidem illud, ut iam ostendimus ad nepotes ex filiabus perventos, & natos: non ad natos ex filio masculo pertinebat.

3 Id autem in præsenti §. apertè edocemur; nàm non aliam ob causam pronunciat *Scevola* hic *vivo patre hunc suum hæredem esse desijsse, licèt post mortem decedat*, nisi quia legis *Cornelia* fictionem admittit, eamque supponit; ex illa enim sitⁱ captivus qui tandè decessit apud hostes, videatur primo captivitatis instanti decessisse, at fingit hoc illa cum captivum defũctum videt, nam ex eo fit certa quãdo captivus vivebat nulla postliminij spes hanc fictionem vetabat, siquidem exitus mortis nullum ex tũc postliminium pro captivo adfuisse detegit. Hinc prudẽtissimè adiecit Juris Cons. *quia non rediit pater, nec redire potest*, namq; ita quod dicebamus innuit; sequutam mortem fecisse nõ solũ ut sciamos nõ redijsse sed ut fingamus iam à principio decessisse; ideoque nec redire amplius potuisse quod sanè rectè dictum est,; & si illud *Fab. n. 2.* malignè traducat.

Cæterùm cum legis *Cornelia* si fictione utendum foret audacter nos ea uti à J. Cõsulto admonemur, audacter quidem; nam admisso quod fingeodum sit filium tandè apud hostes defunctum decessisse in principio suæ captivitatis, ex hoc sequetur, quod nepos sublata patris persona reperiatur suus hæres avo cum testatur, & per consequens tanquam suus, & in primo gradu existens necessario, & non sub illa conditione si filius decedat instituendus. Hinc cũ legis *Cornelia* fictio sicuti adiuvaret ita, & destrueret propositam institutionem, qui ea uteretur nimis audacter uteretur; nam oportebit eum dicere, fictionem quidem admittendam, sed eius vim non prius attendendam quam filiũ decessisse constet, & proinde institutionem sub conditione *si filius decedat* factam habendam ac si factam, si legis *Cornelia* fictioni locus erit.

4 Ex hoc autem patet pessimè in præsẽti *Fabrum* existimasse ineptam eam omnino ad propositam quæstionem: pro certo habens sub *num. 9.* quod fictio legis *Cornelia* locum sibi non vindicet, nisi in persona eius, de cuius hæreditate agitur, ideòque ad filiosfamilias, qui nulla bona in Civitate reliquerũt non pertineat *l. lex Cornelia 28. §. si vero D. de vulgari*. Etenim ut benè, dicebat *Cujacius* in specie, de qua agimus non in filio familias,

aut

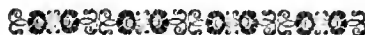
aut in eius hæreditate, quæ nulla est, sed in patris testantis hæreditate locum habet, & ad illius non ad filij successionem pertinet: pendet enim potissimum hæc ex patris familias testamento, & huius validitas ex filij existentia, aut non existentia, ideòque hic necessaria, & opportuna *Corneliana* fictio, unde quod *Vlpianus* ait in *l. in omnibus* 18. *D. de captivis* in omnibus Juris partibus *eum, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videri cum captus est*, in omnibus personis locum habebit, & non in illis dumtaxat, de quorum successione agitur, ut restringendo, quod generaliter prolatum est voluit *Faber*, quasi quod illud in omnibus juris partibus nō generalissimum sententiam contineret, & quæstio de filiorum familias personis extrà juris nostri partes esset, aut indistinctà *Vlpiani* sententia non alijs ex locis confirmaretur, nempè ex *l. cum hic status* 32. §. *si ambo D. de donat. inter virum ex l. lex Cornelia* 12. *D. qui testamenta facere possunt ex l. si filius* 39. *D. de milit. test. ex l.* 1. §. *lex falcidia D. ad legem falc. ex l.* 4. §. 1. *D. de bon. libertorum ex l. justo* 44. §. *fin. D. de usucap. ex l.* 1. *l.* 10. *l.* 11. *l.* 22 *D. de capt. ex l.* 1. *C. eodem ex l.* 8. *C. de leg. hered.* & similibus, ex quibus omnibus constat, quod in omnibus juris nostri partibus potest fictio *legis Cornelia* locum habere, & ad alias personas pertinere, quā ad eos de cujus hæreditate, & successione agitur, quinimò & quàdo ad hos pertinet potest ad alios pertinere, & quando non pertinet potest ex horum occasione, & causa pertinere ad illas quoque personas, ex quibus diriguntur, aut pendent horum successionēs, & testamenta.

5 Sed hæc quāquam non malè dicantur, quia *Scevola* existimavit in proposita specie audacter dici; ideò aliam, & veriorem addidit rationem, qua factum ut rectè processerit nepotis institutio, nempè illam quod cum lex *Velleia* tempus non præfigat; Videtur casus hic de quo agimus, si non ad verba saltem ad mentem pertinere ideoq; ex ipsa lege institutionem defendendam esse nō quidem quasi ad verba ipsius legis pertineat, nam non cōpræhendunt hęc omnes nepotes, & pronepotes quandocumque in suorum locum succedant etiam post Avorum mortem, sed quia non obstant, nam ad tempus non restricta, & proinde non vetantia ut possit per interpretationem admitti ex vi & mente ipsius hæc nepotis institutio; & hoc est, quod Juris Consultus consideratis perpensisq; bona fide facti circumstantijs adfirmavit.

6 Illud tandem monendum est, quod ea, quæ *Faber* attulit ad hunc §. *videndum* non alia sunt, quam quę Veteres, præcipuè *Salomonius* strictiùs notaverant, de nepote ex filio captivo, & demùm post mortem testatoris apud hostes mortuo, unde nil aliud agit hic *Faber* quam Veterum dicta repetere, & dilatare, sicut & faciunt quoque Pragmatici qui ex dictis sumpta occasione, plura de captivis adnotare solent.

7 Et illud in primis quod duplici modo captivus quis fieri potest primo si in bello capiatur. secundo si maleficium committat postquam delinquentes quoque captivos dici posse Nostri volvère post *Baldum in l. illud in principio C. de Sacros. Eccles. & Felinum in cap. significasti de Judic.* unde cum quæsitum an si quis captivus pro se redimendo; (redimendos enim clamant post *Glossam, in cap. Sacrorum causa* 12. *qu.* 2.) bona quæ subiecta fideicommisso, possit alienare juxtà terminos *Autent. Res, quæ C. de comm. de leg.* plures adhibendas distinctiones Respondent post *Bartolum in d. Aut.* & eumdem *Bartolum, Angelum, Imolam, & Alexandrum in l. Marcellus* §. *res, quæ D. ad Trebell.* concludunt tamen, quod propriùs ad nostrum §. facit, quod si filius hæredis gravati captivus fiat, poterit pro eo redimendo hæres pater, bona restitutioni obnoxia alienare, ut *Bartolus*, præcipuè loco citato affirmavit.

8 Ulteriùs, & illud quoque cum *Speculatore tit. de locato* §. *postquam in vers. quid si Mercenarius* adnotant Nostri, quod sit dandum, & solvendum salarium Mercenario captivo etiam pro tempore suæ captivitatis, unde constat rectè dixisse *Baldum ad l. fin. vers. idem videtur C. de cond. insertis*, quod captivo militi stipendia pro tempore captivitatis solvenda sint. Nam ita *Menander in l. omnes* §. *si post multum, & Papin. in l. ex causa D. de re militari* Respondere; modo *captivitas* sine culpa, aut utilitate ejus contigisset, nam ad hos casus pertinet, & coarctari debet *Antonini* Rescriptum in *l.* 1. *C. de re militari* quiequid alij aliter dicant.



CAPVT IV.

De legis Cornelię fictione ad tex. in l. pater 10. de captivis.

SVMMARIVM.

1 *De hac materia, & nos alibi, & alij plura scripsere.*
2 *Explicatur Papiniani sententia in hac l.* 10.
3 *Ratiocinatio Fabri.*
4 *Diluitur.*
5 *Lex Cornelia pertinet ad quascunque hæreditates occasione tamen sumpta ab hæreditatibus captivorum.* 6 In

6 *Iu ſpecie Papiniani non eſt neceſſe ponere inſtitutum filium.*
7 *Fabri contradictiones.*
8 *Captivus tunc quis dicitur cum intra hoſtium præſidia perductus eſt non ſtatim cum capitur.*
9 *Banditus retinet poteſtatem in filios.*
10 *Ideoque tenetur filius huic patri ad omnia ut cæteri filij patribus non banditis.*

1 PErrinet ad hunc tractatum, id quod de fictione *legis Corneliæ* ſcriptum eſt in *l. ſi pater* 50. *D. de captivis*, ſed cum de eo Reſponſo tractent Interpretes ferè omnes, & nos etiam plura de illo alibi diximus, propterea paucis hic rem expediemus, nam qui plura velit, aut noſtra ſcripra legat, aut aliorum, & in primis *D. Franc. de Amaya obſer. 2. cap. 2.* nàm & ab hoc pluta, eruditè, & ſubtilitèr habebit congeſta.

2 Animadvertendum autem nunc erit, quod potiſſimùm pro *Papin.* ſententia in hac *l. 10.* faciebat, adversùs eos, qui in propoſita ſpecie non ſubſtitutionem valerę, ſed legitimæ ſucceſſioni locum eſſe contendebant, quod filium, cui pater ſubſtituerat, vivo eodem patre exijſſe de eius poteſtate, rectè dicebatur; quandoquidem cum horam captivitatis inſpiciendam, & ex tùnc filiū exijſſe de paterna poteſtate velimus, & hæc hora, patre demùm apud hoſtes defuncto, paternam mortem ex *legis Corneliæ* fictione cum ſe coniunctam habeat, ſequitur ut nunquam poſſit dici filium exijſſe de patris poteſtate, quin adijciamus ex vi *legis Corneliæ*, per patris mortem, ad *tex. in l. 1. D. ad Maced. l. penult. D. de ſuis, & leg. hæred. §. ſi ab hoſtibus inſtit. quibus mod. jus patr. ſolvitur.*

3 Hæc autem ſatis, ſupèrque evincunt rectam eſſe conſecutionem illam *Papiniani: Ergò ſubſtitutio vires ſuas neceſſario tenet.* Pēdet enim ipſa ab antecedenti perſpicuo. *Pater, qui non redijt, jam tùnc deceſſiſſe intelligi*, nèq; quod movet *Faber num.* 4. quod *lex Cornelia* fingat quidèm patrem deceſſiſſe ex tūc, at non fingat filium tùnc ſub patris poteſtate fuiſſe, ea nimirùm de cauſa, quod lex ad captivorum teſtatorum perſonas, non ad hæredum inſtitutorum pertineat, quicquam ob-
4 ſtat. Etenim primo, quia non opus erat duplici fictione, altera, qua patri mortuus, altera, qua filius in poteſtate remanſus fingeretur; ſed una, & ſimplex fictio ſufficiebat, nàm cum filius ſub patria poteſtate reperiatur, eo uſq; ſub illa eſt, quouſq; pater liber; ideoque non priùs quàm in eo inſtanti, quo capitur pater, ab ea filius exit, hinc cū in eodem inſtanti quo capitur deceſſiſſe eū fingat *lex Cornelia*, dum coniungit tēpus captivitatis cum tempore mortis, facit ut non minùs captivitate, quam morte, filium exijſſe de patris poteſtate dicatur, & quidem ſanè cum de coniunctione hac utriuſq; temporis ſatis cōſtabat ut in *l. cum hic ſtatus* 32. *§. ſi ambo D. de donat. inter virum*: nil opus erat fictionē alteram exquirere; nam revera in eo inſtanti quo pater captus filius ſub patris poteſtate erat, nec multiplicanda ſunt inſtantia, adversùs J. Cōſultorum ſententias, nec quod illi in eodē inſtanti, aut in eadem hora factum dicunt, nos diſtinguere in plura, ut in primo captum patrem dicamus in ſecundo per fictionem *legis Corneliæ* defunctum; & rursùs ut in primo exijſſe filium de poteſtate, in ſecundo mortuum patrem aſſeveremus, cum utrumq; in eodem inſtanti eveniſſe dicere oportebit atque *legis Corneliæ fictionem*, in eodem ſpatio cum veritate facti concurrere ut ita in eodem momento quo captus pater filius exierir de poteſtate, & functus vita à pater ſit intelligamus, ut diſertè *Valentia* differebat in *tract. illuſtr. lib. 1. tract. 3. cap. 9.*

5 At daro quod duplici fictione opus eſſet, falſum erit quod *lex Cornelia* non pertineat ad perſonas hæredum; nàm quinimmò legem illam confirmare non ſolùm hæreditatem eorum qui teſtamenta fecerunt, ſed omnes hæreditares, quæ ad quemquam ob facta teſtamenta pertinère potuiſſent, niſi in hoſtiū poteſtatē teſtātes pervenlſsēt exploratum eſt, & ad filij etiam perſonam pettinere ejus fictionem apertis verbis in hac eadem ſpecie *Iulianus in l. lex Cornelia* 28. *de vulgari* pronunciat; unnde quod dicitur *legem Corneliam* ad captivorum teſtatorum perſonas pertinere, id intelligendum primariò, & principalitèr, non in conſequentiam, & ex teſtamentorum ipſorum captivorum cauſa, vel occaſione, nàm tùnc pertinebit, ut modo diximus, adeoq; juſtè notatus *Faber* ab *Amaya* ubi ſuprà *num.* 18. extitit.

6 Illud vero quod *Papinianus* hic ait de filio inſtituto non ità accipiendum erit, ut neceſſariò id exigamus, cum idem jus eſſe ſivè inſtitutus, ſivè exhæredatus filius proponeretur rectiſſimè advertit *Jacobus Cujacius* 15. *obſer. cap.* 17. quem malè nominatim carpit *Faber*, non videns adeò indiſtinctè de filio *Iulianum* loquutum in cit. *l. lex Cornelia*; ut nullo modo & ſi mille adducas exempla, aut ſophiſmata adſtrues, reſtringere eū poſſis ad ſolum filium inſtitutum præſertim cum Ratio ipſa iuris ſuadeat idem in inſtituto filio quod in exhæredato dicendum eſſe; ſiquidem etiam filio exhæredato à primò gradu (non enim exhæredari poteſt à ſecundo, & præteriri à primo *l.* 3. *§. ſi filius D. de lib. & poſt.*) ille qui inſtitutus eſt (ſi demùm adeat) ex eo inſtanti, quo teſtatorem deceſſiſſe *lex Cornelia* fingit, fuiſſe hæres creditur, etenim dum

con-

coniungitur aditionis tempus cum tempore mortis testatoris,sivè fictè,sivè verè mors cõtingat,in eodem instanti, quo lex *Cornelia* ob captivitatem sequutã inducit hæreditatem, facit ut adsit hæres cui deferri hæreditas possit, nempè quem institutum diximus, si is demùm adeat.

7 Denique, est pro Coronide adnotandum quod in magnas angustias se conijcit *Faber* sub *num.6.* dum vult invitum hæredẽ filium fuisse, vult non necessarium, vult exijsse de patris potestate, at vult hæredẽ fuisse, quæ omnia, & secum ipsis, & Iuris principijs adversantia sunt.

8 Sed ad Nostros deveniamus, hi cum de materia legis *Cornelia* eiusve fictione agunt, illud disquirere solent, an statim quod quis captus ab hostibus fuerit, vinctus, ligatusque libertatem perdat: an verò tùnc demum cum in eorum terras, aut loca munita deductus fuerit, & frequentiùs concludunt tùnc, demùm captiuum hunc libertatem amittere, cum intra præsidia hostium pervenerit; nàm ità statutum dicunt in *l.postliminij* 5.*in princ. D.de captivis*, post *Iasonem in l.is, qui pro emptore n.*94. *D. de acquir. poss.* & similibus, Hinc bona,quæ ab hostibus erepta sì à civibus recuperantur antequam ad eorundem hostiũ præsidia perducta fuerint, prioribus dominis restituenda,non item si iam in hostium potestatẽ, & in loca munita.Practici volunt, cum eodem *Iasone, Ripa,& Bologneto*, & similibus antiquioribus ad *l.*1.*vers.item bello capta D. de acquir.poss.*& cum Neotericis *Duareno* ibidem, *Donello* 4.*Comment.cap.*21.*P.Greg.* 20. *Sintagmatum cap.*4. item & cum Canonistis, Theologisque *Molina de iust.& iure to.*1.*disp.* 118.*& Covarr.in regula peccatum* 2.*par.*§.11. *nu.*2.*&* 7.quod & in foro receptum ex *Gamma decis.*375.*num.*2. *&* 384. *num.* 2. *Gramatico decis.*71. post hos adductos doctè probat *Regens Galeota responso fiscali* 13. quo in loco adhibita distinctione quid dicendum sit, cum casus acciderit nos docet; Et certè non potest tam indistinctè admitti assertio illa quam post *Parladorum quotid. differen. differ.*19. *& Mohedanum dec.*87.*aliosq; in tit. de rest.spoliatorum.*attulit luculenter,& ingeniosè, ut solet *Rodoerius in observat.ad Reg. de Marin.c.*231. scil. quod in ius nostrum revertitur quicquid captivitatis, vel hostilitatis tempore amisimus,si cõtingat recuperari, nam si ita amisimus, ut & spem recuperandi quoque amitteremus, nec recuperatum postea ab alijs quandocumque nobis debebitur, sed fiet recuperantis, quamvis in servis aliud dicẽdum esse de facilè mihi persuadeam,quoniam in servis nullum ius postliminij, ut ratiocinatur *Reg. de Marinis* ubi supra cujus dicta ad condemnatos ad triremes porrigi observat ex *Costantio,& Bologneto* rectè *Rodoerius* loco citato.

9 Insupèr ad ea, quæ hic dicuntur de filio ejus, qui ab hostibus captus, tandem apud illos decesserit, quod.s.hic filius ex tùnc cũ captus fuit parer potestate exijsse fingatur, ut & *Faber* declarat *num.*4. qui in foro sunt, limitandum in bandito volunt; nàm concludunt communitèr filium ex eo, quod pater banditus fuit patria potestate non liberari, ideòque ad omnia teneri circa illum, ac si banditus non fuisset, ut notat *Menochius de arbitr.lib.*1.*q.*90. & signantèr alimentare eum deber, nisi ob per duellionem banditus fuisset *Petrus Roy decis.Lituania* 3.*num.* 431. *in decisionibus diversor.Farinac. & Criminalista passim.*



CAPVT V.

Nullam esse dissentionem circà propositam quæstionem inter Scevòlam, & Iulianum, & Papinianum.

SVMMARIVM.

1 *In proposita quæstione à Iuliano non dissentit Papinianus.*
2 *Male Faber oppositum sentit.*
3 *Diluitur Fabri obiectio.*
4 *Explicantur Iuliani verba.*
5 *Repetentium sententia.*
6 *Quidam Pragmaticifilium esse patris creditorem in legitima eo vivente dictitant.*
7 *Alij id negant, & melius.*
8 *Sed tamen jus aliquale concedunt.*
9 *Quod in dubium revocatur ex eorumdem traditione in Fisco.*
10 *Revera filius nullum habet jus.*

1 Fuit etiam apud Juris Consultos quæstio illa agitata, utrum si parre in Civitate iàm mortuo, filius impubes, cui pupillaris substitutus datus fuerat ab hostibus captus, apud eos decesserit, pupillaris substitutio ex *lege Cornelia* confirmatetur?& *Julian.in l. lex Cornelia* 28.*D.de vulgari*, ut etiam *lib.*3.*c.*9. in hunc Authorem scripsimus non incommodè dici posse,Respondit,hæreditatem pupilli ex *lege Cornelia* ad substitutum pertinere, huiq autem assertioni non adversatur *Papin.* in supra citata *l.*10 siquidem & si à principio dissentire videretur, concludit tandem, *non esse alienum prætorem subsequi non minùs*

patris, quàm legis voluntatem, & utiles actiones in hereditatem substituto dare, quibus verbis illud ipsum, quod *Julianus* affirmat, nempè in proposita specie substitutioni locum esse.

2 Ex his vero constat temerè inter hos Juris Consultos coniectari *Fabrum* dissensionē quinimmò affirmare, ut certam in hos capite, & ingeniosum agere in eorum responsis invertendis. nam Primò in ipsa quæstionis decisione non adversantur; dum ambo, ut diximus substitutum admittunt. Secundò non etiam in modo adversantur, quippequod cum dixerit *Julianus hereditatem eius ex ea lege*, (*idest ex Cornelia*) *ad substitutum pertinere* hoc ipsum licèt parùm diversis verbis *Papin.* exprimit, dum ait *Pratorem non minùs patris, quàm legis voluntatem sequuturū*: Neq; ut cuique notissimum est multum differt dicere, fieri aliquid ex lege, & fieri ex legis mente, vel voluntate, vel sententia *l.6. D.de verbor. significatione*; nàm ut in fraudem legis facit, qui saluis verbis sententiam eius circumvenit *l.contrà 29.D.de legibus* ita & legē exequitur qui eius menti obtemperat. Scire enim leges, ut *Celsus* definit *in l.17.eod. tit.* non est verba eorum tenere, sed vim, & potestatem.

3 Nec quod *Cujacio* obijcit *Faber* hic *nu.*10. scilicet quod si ea mens *l.Cornelia* fuisset, ut hæreditas pupilli ad substitutum pertineret, ut credit *Julianus*, non esset necessarium Prætoris auxilium implorare, quod *Papin.* requirit, aliquid Nos movet; nàm vulgatissimum in iure nostro est solitum prætorem, & si mens legis eiusq; sententia adsistat, se interponere, & mentem legis, & sententiam sequutum utiles actiones quàdoque accommòdare; ideoq; argumentum illud si ex lege proveniunt, ergò prætore non opus, nullo modo subsistit; nam quinimmò quia ex mente legis non ex ipsius verbis accommodantur actiones ad Prætorem recurrendum erit, qui eas accommodet ut quod solet quod ostendunt *l.penul.D.si quadrupes.§.ult.inst.ad legem Aquil.l.servus 27.§. si vic. D. eod. l.1.C. de interdictis.*

4 Cæterùm cum aliud sit dicere esse actiones ex mente legis dandas quas certas jam, & propositas fuisse; aliud dicere prætorem posse actiones quasdam accommodare legis voluntatem sequutus, animadvertere *Fab.* debuerat *Julianum* non loquutum esse primo modo, nec affirmasse tales actiones, aut simplicitèr (actiones) substituto cōpetere ex mente legis, vel ex sententia legis, vel dixisse (simplicitèr *substitutionem valere*, sed potiùs secundo modo respondisse *non incommode dici poterit, &c.* qui modus loquendi indicat etiam prætoriam æquitatem requirendam, & non de jure strictò quoddictū, affirmatum esse; Quāquàm absque alia disputatione dum ipsemet *Fab.* hic concedat esse quidem voluntatem legis subintellectam, quæ substitutum admittat, statim ex meote legis præstandas actiones non obscurè fateri videtur, & proindè suam ipse sententiam sobvertere; ut rectissimè advertit *Bachovius in notatis ad Treutl. volum.2. disp.11. Thesi 9. lit.S. ver. alter principalis casus est.*

5 Dissidium vero, quod diximus, sibi finxisse *Fabrum* in hoc capite intèr *Julianum*, in *l. lex Cornelia 28. de vulgari, & Papin. in l. pater 10. D. de captivis* non dignoscont *Repetētes*, qui uno ore clamant, quod sicut testamentū patris, & filij per fictionem *legis Cornelia* non convalescit patre mortuo apud hostes, adhùc in Civitate filio vivente, ità è contrario ex eadem ratione, testamentū reconvalescit si decesserit, mortuo filio, ut latiùs *Baldus, Jason, Bartolus ad dict.l.lex Cornelia 28.* explicant, cum quibus concordat non solum *Cujac. 15.obser.cap.17.* sed & Neoterici ferè omnes cum *Hotomano, & Vuesembecio in §.si vero, & §. non solum instit.de pupillari substitutione.*

In foro autem dum post *Baldum, & Jasonem* receptum est ex hac *l.lex Cornelia*, viven-
6 te patre, filium non habere paterna bona, solet in disquisitionem venire, an saltèm legitimam habeat in bonis paternis etiā num patre vivente, & quamvis non desint qui nō solùm habere pro certo teneant, sed sic loquuntur, ut velint filium in vita patris, esse illius Creditorem in sua legitima, & contendāt etiam hypothecariā actionē ei competere *Ruinus in l.1.D.de leg.1. Picus in l.in quartam n.177 D.ad l.falcidiam, Rubeus conf.156.nu.15.* & quidam alij somniabant; attamen magis cō-
7 munitèr receptum est, neque creditum ollō, neque hypothecam in bonis patris pro legitima habere filium, patre vivēte ut *Peregr. de fideicomm. art.36.n.149. Pacificus de Salv. interdicto inspect.2.c.2.n.241. Tesaurus quest. forens.lib.3.q.27.n.11. Sesa dec. Aragon.26. nu. 17. Mantica de tacit.lib.1.tit.13.* & reliqui omnes melioris notæ *Pragmat.* sentiunt, com quibus *Merlinus de legit.lib.5.tit.4.q.1. nn.3.* & sequacibus & *Ginrba ad consuet. Messan p. 1.c.1.Gl.3.n.66.& cap.4.Gl.5.n.67.*

8 Verū ex his quoq; qui ita sentiunt, sunt plerique Doctores qui saltem ius aliquod, in spem filium habere ad legitimam velint, & rejectis, quæ *Grammaticus dec.101 n.66. Gabriel.conf.176 Bordelo conf.12. Cagnolus in l. penult.n.287.C.de pactis* scripserant, & magis verè asseverant pro legitima consequenda super paternis bonis & si patre vivo, ius in spe filium habere post *Menochium de præsum. lib.3.præsump.29.n.104. Decianum conf.6.n.3. lib.1.*

lib. 1. cum quibus citatus *Merlinus de legitima lib.* 5. *tit.* 3. *q.* 1. *num.* 4. qui ibidem munet ex hoc nasci, quod filius revocare possit alienationes in fraudem legitimæ à patre factas titulo lucrativo, quod & *Covarr. in cap. Rainucius* §. 10. *num.* 9. *de testam.* & *Menochius de recuper. possess. remedio* 9. *nu.* 173. *Vivius commun. opin. in ver. legitima nu.* 1. *Crassus in* §. *legitima num.* 44. alijque jàm scripserant.

9 Quæ si vera forent, nescio quomodo defendi possit id, quod ijdem Pragmatici postea concludunt, & cum eis idem *Merlinus lib.* 3. *tit.* 1. *q.* 33. quod filio delinquente, vivo patre, nullam de iure communi fiscus portionem ob legitimã prætendere possit, & hoc etiã patre demùm post delictũ à filio patratũ decedente, & tãtu minùs id affirmari, & defendi quantò magis constat apud eosdem, & apud eundem *Merl. lib.* 3. *tit.* 2. *q.* 29. tam verè esse aliquid, illud quod filius habet, ratione legitimę in vita patris super ipsius bonis, ut demùm patre defuncto non possit in præiudicium creditorum suorum id filius renunciare, de qua asserrione supra latè nos diximus.

10 Rectiùs itaq; alij sentiunt post *Fracum decis.* 133. quod vivente patre, nullũ penitùs ius filio competat, ideòque nec petere legitimam, nec ei assignari posse, ut Addentes ibidem, præcipuè Novarius monet, quod de iure verissimum est; & qui aliter credit, in varias quæstiones se intricare, & secum pugnantia admittere cogetur, ut & cuguntur qui circa potestatem in patre assignandi legitimam à *Franco* discedunt, & permittunt patri, filio petenti legitimam offerre cum *Cutello discursu* 2. *par.* 14. *num.* 14. & 66. & *Michaloro in tract. de duobus fratribus par.* 1. *cap.* 33. *nu.* 68. quibus adhæret *Luca* in observatis ad *Francum*, concludentes posse patrem prævenire mortem, & assignare filio legitimam, cum tamen ego posse patrem aliquid filio assignare nõ negem; sed id quod assignatur legitimam esse nunquam concedam, sed aliquid datum quod tamen postea imputabitur. ut vel ijdem *Pragmatici*, & nominatim idem *Michalorus*, & *Peregrinus* fundare conantur; dum auctis facultatibus augendum volunt quod datum est, videas eundem *Lucam num.* 2.





CAPUT VI.

De intellectu legis quod si filius 11. D. de captivis.

SUMMARIUM.

1 *Papiniani in hac l. quod si* 11. *sententia.*
2 *Sed adversatur eiusdem sententia exprese in l.* 10. *antecedenti.*
3 *Iacobi Cuiacii explicatio.*
4 *Fabri expositio.*
5 *Subvertitur.*
6 *Faber tandem in Accursianam explicationem reincidit.*
7 *Notatur.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Pragmatici rupto testamento volunt locum esse substitutionibus pupillaribus, & substitutionibus exemplaribus filiis factis.*

1 IDem *Papinianus in l. quod si filius* 11. *D. de captivis*, alteram tractans speciem, nempè illam, in qua proponebatur defunctus filius, (cui pupillariter fuerat substitutum) in Civitare, captivo patre apud hostes adhùc vivente; Respondet in hoc casu nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, sivè quoniam vivo patre filius familias mori intelligitur, sivè quoniàm non reverso eo exinde sui Juris videtur fuisse, ex quo pater in hostium potestatem pervenit.

2 Verùm enim verò ita *Papinianus* adversùs ea, quæ ipsemet in *l.* 10. paulò antè dixerat, & nos in capite superiori explicavimus, non obscurè ratiocinatur; etenim si pater apud hostes tandem decedat, quænam causa assignari poterit cur substitutio non valeat? Sanè illa quæ assignatur, quia videtur filius ex eo sui iuris fuisse, ex quo pater ab hostibus captus est, & proinde exisse de patria potestate vivère patre, in iuris principia impingit, siquidem lex, quę in instãti operatur, fingẽdo defunctũ patrem, ex eo momẽto quo in hostiũ potestatem pervenit; nõ relinquit spatiũ, in quo dici possit, filiũ fuisse extrà patris potestatem, eo vivo; non enim ab illa exijt prius quàm pater captus fuerit, at cum captus fuit, quia decessit, mors facit, ne spes postliminij aliquid operata fuerit, nàm patre apud hostes defuncto: nullum spei locum fuisse constat, quamquam aliter foret si tandem pater reversus fuisset; ad *tex. in l. penult. D. de suis, & leg. hæred.*

3 Vidit hæc magnus ille interpres *Jacobus Cujacius*, ideòque quamvis admiserit ve-

rũ esse, quod in eo casu, in quo pater revertitur nõ sit secũdis tabulis locus, negavit tamẽ hoc ipsũ dici posse, si pater apud hostes moriatur, ideòque ità interpretatur vers. illud *nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit*, ac si *Papinianus* voluisset significare in utroque casu rem certam, exploratamque esse, ideòque nihil esse disputandum.

4 At *Faber*, qui in illo perpetuo errore est, ut in his speciebus, velit filium, vivo patre è patria potestate exijsse, non solũ *Cuiacii* explicationem damnat, sicut & *Accursij*, aliorumque antiquorum, sed sub *num*. 10. impugnans communem rationem scribit, filium in proposita specie nequaquàm ex fictione *legis Cornelia* exijsse de patris potestate, sed ex facto ipso, & ex captivitate sequuta, cum tamèn mortuo patre fictioni postliminij locum non fuisse dignoscatur; hinc adijcit sub *n*. 11. *Papin*. non sic loquitur, ut dicat intelligi filium morte patris sui Juris effectum, sed patris captivitate effectum sui iuris, quà captivitatẽ mortuo postea illo apud hostes postliminij fictio delere non potuit, ut inferamus, vivo patre, exijsse filium de ejus potestate.

5 Verùm enimverò tùm hæc illatio ex cortice verborum Juris Consulti desumpta, tùm ipsa tota Ratiocinatio *Fabriana* levissima est, siquidem cum *Papinianus* sciverit *legem Corneliam* coniungere mortem cum captivitate; dum ait captivitate exijsse de patris potestate filium, iam asserit, saltèm implicitè, habita ad *l. Corneliam* relatione, morte exijsse; nam mors ut diximus cum captivitate coniungitur, ideò tamen potiùs captivitatis, quam mortis mentionem facit; quia mors eo tempore, de quo loquitur, & in quo filius de potestate exiit per fictionem introducitur quando captivitas vera est, & quæ mortis etiam fictioni dat causam, dùm si non captivus, non mortuus fingeretur. His autem accedit quod licet non ex fictione legis, sed ex facto ipso, nempè ex captivitate sequuta fiat ut filius ex patria potestate exeat, succedente nimirùm iuris Regula, quòd is, qui sub alterius dominio, & potestate est, aut Civis Romanus non est, alium sub potestate sua habere nõ potest; Attamen hoc non obstat *legi Cornelia*, quin fingere & ipsa non possit patrem defunctum in primo instanti, quamvis non id fingat, ut filium de patris potestate liberet (ut forsàn credidit *Faber* aut credere nos voluit) id enim sola captivitas operari poterat, sed fingat, ut testamentum ipsius captivi, & hæreditatem confirmet: hinc si velis filium vivo patre de potestate exijsse, omninò destrues ipsã *legis Cornelia* fictionem; cùm stare simul non possint, patrem in prima hora captivitatis mortuum, & filium vivo patre de eius potestate exijsse: nàm aut vitam patris vocas tempus, quo vixit antè captivitatem, & falsa propositio quod in eo exijt de potestate filius; aut vocas vitam patris tempus post captivitatem effluxum, & æque falsa; nàm ex *legis Cornelia* præscripto, statim quo captus instanti decessit pater si apud hostes demùm decedat.

6 Planè cum *Faber* ipse hæc omnia negare non posset, tandèm eò venit, ut quoad reliqua fateatur quidem *legis Cornelia* fictioni locum esse, eamque coniungere cum captivitate mortẽ, & ideò falsum quod filius exierit de potestate vivo patre; sed hæc omnia ait ex speciali Ratione non admissa in proposita specie, de qua *Papinianus in d. l. 74. D. de captivis*, qualis tamen hæc ratio specialis fuerit non adhùc invenit, nam ea quam assignat *num*. 13. & si pluribus verbis proposita, & consarcinata quibusdam etiam observationibus aucta, eadem prorsùs illa est, quam *Accursius*, & cæteri jàm indè à principio tradiderant, nempè quod *legis Cornelia* fictio, quæ non priùs incipere potest, quàm pater captivus apud hostes decedat, non potest super persona filij quicquam fingere: quem mortuum invenit. Proindè si recipienda tanquam *Accursiana* potiùs quam tanquam *Fabriana* recipienda est. nàm vel ad eam reducuntur, vèl ab ea descendunt quæ ut sua proponit *Faber*, scilicet quod *lex Cornelia* mortuum, hæredem fingere non potest, & quod non facere vivum mortis tempore, & quod nullo tempore habili finges hunc filiũ mortuum; nàm si antè captivitatem fingas, aut in instanti ipso captivitatis, sed antè patrem, corruet substitutio pupillaris; si post patrem velis decessisse id non potes; nàm medium illud tempus inter captivitatem, & mortem *legis Cornelia* fictione, veluti è medio sublatum est, coniuncta captivitatis cum mortis hora. Itaque his cæterisq; longioribus dissertationibus relictis dicere poterimus brevissimè cum *Accur*. alijsq; antiquioribus, quod species, de qua *Papinianus* in præsenti tractat diversa est ab alia tractata in antecedenti *l. pater*, ideòque in hac substitutioni nullus locus, neque fictioni *legis Cornelia*; quia *lex Cornelia* fingit quidèm, & retrò trahit, sed ad ea, quæ iam medio tempore sunt extincta non pertinet.

7 Attamen in his illud notatu dignum est, quod dum *Faber* disputat in hoc capite adversùs *Cuiacium* in explicanda hac *l*. 11. de captivis, disputat quoque adversùs *Accursium*; & in illius sententiam *Cuiacianam* coincidere asserit hic *num*. 9. & sequenti; ipse tamen & parùm subsistentia attulit, & tandem quæ *Accursium* sapiant amplexus est, ut observavit, & rectè *Amaja lib*. 2. *cap*. 2. *sub num*. 32.

8. *Re-*

8 *Repetentes* autem aut *Bulgarum*, aut *Accursium* sequuntur, & *Goffredus*, qui ab *Accursio* discedit, & alia tradere conatur, cum tamen lectionem receptam non mutet in *l.* 1. §. *sive apud D. ad Trebell.* quod & pleriq; faciunt, idipsum quud *Accursius* dicere, aut multo simillima cogitur; Sed quoniam in foro parum de hac re tractari solet ex his, quæ hic dicta sunt tãtummodo illud ad praxim adnotãdum est, quod quamquam ad partes disputetur, an rupto per querelam testamento substitutioni locus sit? ut videre est apud *Gilkhenium* ad *Aut. ex causa C. de lib. pret. n.* 43. & *Pisonem Soacium lib.* 2. *variar. cap.* 12. frequentiori tamen calculo receptum est, locum esse substitutionibus pupillaribus, & exemplaribus, filijs factis, ut notat *Jul. Clarus in* §. *testamentum quæst.* 54. *n.* 2. teliqua ad hanc rem peti poterunt ex *Gom. variar.* 1. *c.* 4. *n.* 4.



CAPUT VII.

Ad §. ultimum ejusdem legis quod si filius, & l. pater captus 29. D. de vulgari.

SUMMARIUM.

1 *Faber vult esse antinomiam inter Papinianum in* §. *ult. l. quod si filius, & Scevolam in l. pater captus* 29. *D. de vulgari.*
2 *Quæstio à J. C. tractata.*
3 *Fabri expositio.*
4 *Reicitur.*
5 *De altero casu à I. C. tractato.*
6 *Emendatio Fabriana.*
7 *Ea non placet, & rationes adducuntur displicentia.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *De his quæ incontinenti fiunt.*
10 *De postliminio.*

1 PErgit *Fab.* & novam excitat pugnam inter *Papin. in* §. *ult.* huius *l. quod si filius*, & *Scevolam* in *l. pater captus* 29. *D. de vul.* non alio tamen fine, quam ut manus *Scevolæ* inferat, & ingeniosum agat in emendandis, sive potiùs corrumpendis Juris Consultorum Responsis.

2 Quæstio tractata est de patre, & filio captivis, & de substitutione pupillari, proponiturque apud *Papin.* utrum *lex Cornelia* confirmet substitutionem, si ambo apud hostes decedant pater scilicet, & filius; & respondet I.C. ad quæsitum, *legẽ Corneliã* non alitet confirmare, quàm si apud hostes patre defuncto, filius postea in Civitatẽ reversus decessisset, atque ita non obscurè innuit in proposita specie de ambobus apud hostes mortuis, nullum esse *l. Cornelia* locum, adeòq; nec substitutioni; At *Scevola*, idipsum sentit, dum scribit, *Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, & ibi ambo decedant quamvis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupillarẽ substitutionem non pertinebit*: constat ergò idem ab utroque J. Consulto responsum esse, & cũ *lex Cornelia* non habeat locum cum ambo, ut proponitur, apud hostes decesserint pater scilicet, & filius, parum interest quis prior, pater an filius captus fuerit, & quis prior, eorum defunctus sit, nam tunc istud requirimus, cũ pater tantum apud hostes decessit, potuitq; *legi Corneliæ* locus fieri, ut in duabus antecedentibus speciebus tractatum erat.

3 Sed non ita *Faber* ratiocinatur, verum contendit *Papin.* in præsenti §. *ult.* pro substituto Respõdere: id quod asseverat deceptus illa loquendi formula, qua Juris Consultos utitur *Non alias quam si apud hostes patre defuncto postea filius in Civitate decessisset*, cum tamen eadem dicat ipse deceptos fuisse omnes *Interpretes*, Verum eniverò quanquã forma illa loquendi utramque interpretationẽ, & pro substituto, & contra ipsum recipere possit, adhùc ipsa ratio, quæ convincit locum non esse substituto, monere *Fabrum* debuerat, ne contra *Interpretes* auderet disputare, & tortuosam constructionem, & interpretationẽ illorum dicere, qui in vers. *non alias* limitationem prædictorum agnoscentes ex hac priorem casum decidunt; dicuntq; rationẽ eã esse, quod cum *lex Cornelia* in sua illa fictione naturam imitetur, & naturaliter eveniat, ut & si moriantur pariter pater, & filius; attamen filius quia impubes, & ætate tenerior prior decedat, aut decessisse credatur *l. qui duos* 9. §. *ult. l. si mulier* 23. *D. de rebus dubijs*, fit per consequens, ut lex ipsa *Cornelia* quæ cum simul pater, & filius decesserint non sollicita est quærere, quis eorum prior, aut posterior captivitatem, aut mortem passus fuerit, ambo eodem tempore, sed eo ordine quo naturaliter evenire solet decessisse fingit; unde habita eadem huius mortis fictæ, quæ naturalis ratione; existimatur quod tenerior primò deindè robustior mortuus fuerit.

Ex hac ergò, aut alia simili ratione cum constet non posse substitutũ admitti quando simul decesserint pater, & filius apud hostes, constat etiam rectissimè *Papin.* ita Respondere, & rectissimè etiam *Interpretes* ita illũ explicare; undè malè *Faber*, ut hos repræhendat, & illum dissentire à *Scevola* faciat

ciat primo extollit distinctionem illam, an prior pater captus fuerit, an vero filius? quę ut diximus distinctio futilis est, & spernenda; nàm non aliud *lex Cornelia* considerat, quàm quod ambo decesserint apud hostes; deindè vult *Papin.* in ea specie luquutum in qua primò pater captus fuerat, deinde filius, atq; ità ineptum, aut maneum reddit; nam cum ex hoc porissimum, facti decisionem videret pendere, tacuit tamen, & omisit exprimere quod opus erat.

5 Sed ad alterum casum deveniamus, nempè ad illum, qui per modum exceptionis proponitur à *Papin.* ibi *non alias quam si apud hostes patre defuncto, filius postea in Civitate decessisset*, & à *Scevola* ibi *nisi reversus in Civitatē impubes decedat*, & quiddicendum cū filius demum in Civitatem revertitur, ibique moritur aperiamus? & in hoc casu oporret cum ipsis Juris Consultis asserere locum esse substiturioni, quoniam evidens est tum ex iure postliminij ratio, tum ex *lege Cornelia*. neque in eo locus distinctioni *Fabriana*, an pater captus fuerit, necnè, esse potest; nàm cum ex postliminij fictione filius reversus sèper in Civitate mansisse videatur, comparatio intèr unam, & alteram captivitatem non cadit, nèc curandum quis prior, & quis posterior in hostium potestatē pervenerit quando alter eorum habetur ac si non pervenisset.

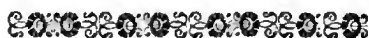
6 Hinc qui legit non poterit non reprehendere *Fabrum*, quod contrà omnium Codicum fidem, & nolla idonea ratione motus vers. illud *nisi reversus in Civitatem impubes decedat* à citato textu in *dict. l.29.* dispungendum, suadere se posse credit, nescio quid

7 sibi fingens, quasi non omnes viderent eamdem exceptionē esse apud *Papinianū*, & quasi contextus *Scevola*, & particula *quoniam*, quę implicat antecedentia, non expoścerent, ut in antecedenti dictum quoque fuerit de substituto admittendo, & denique quasi hic casus de pupillo reverso indignus tractatione foret, & justè potuisset à J. Consultis omitti, aut non rectè per modum exceptionis (& si priùs de ambobus mortuis, patre videlicet, & filio proposita quæstio forer, in quo *Faber* ridiculè argutatur *num.9.*) proponi vel strictim adijci prædictis juxta morē suum à *Scevola* non potuisset; hinc mirandum *Fabrianam* emendationem improbabilem quidem, & temerariam, placuisse quibusdam, quos tamen præcipites egerar *Iacobi Cujac.* authoritas; nàm hic etiam emendandum hoc Responsum in *l.29.* voluerat. mirandum quoq; eandem ferè imposuisse *Reinardo Bachovio* doctissimo J. Conf. qui tandem melioti eum judicio despexit eam, & rejecit in notis ad *Trentlerum vol.1.disp.11.Thesi 9.lit.S.vers. illud non invitus admiserim*; sanè nobis semper illa displicuit, etiam cum aliàs hanc eamdem materiam tractaremus in *Suspicionum libris*.

8 *Repetentes* nostri post *Accursum* simpliciùs procedendo tricas illas, quas *Cujacius*, alijque antè eum contexère, & in quibus se *Faber* involuit, resecabant, & circa interpretationem hujus *l.pater captus 29.D. de vulg.* affirmabant quod patre, & filio ab hostibus captis, si ambo simùl, & incontinenter morerentur, substitutio pupillaris extinguebatur; sed si filius ex intervallo post patrē mor-

9 tuus foret, substitutioni locus erat; unde ijdem ab his qui in foro versantur sequuti ex hoc tex. cum eodem *Accursio* adnotant, quod ea, quæ incontinenti fiunt, simul fieri dicuntur, & secundum occasionem Brocardicum hoc ad plures casus adaptant, postquàm explicavère quænam incontinenti fieri dicantur. Cū *Zasio consf.4.n.15.lib.1. Ploto de in litem jurando n.92. Tusco tomo 4.lit.I. concl.81. Antonino variarum lib.1.resol.69.n.5.& resf.fin. casu 61.* etiā ad materiam rerum Ecclesiasticarum cū *Gonzal. ad regul.8. Cancellaria Gl.43.n.54.*

10 Demùm quo ad postliminium attinet solent, & *Pragmat.* de illo aliquando differere, & plures casus distinguere in quibus, vel ei locum faciant, vel non item; ut videre est apud *Caballum* in suis *resol.crimin.cent.2.resolut.140. aliosque.*



CAPVT VIII.

De filiofamilias vivo patre ab hostibus capto ad tex. in l.2. §.si D. unde legitimi.

SVMMARIVM.

1 *Juliani assertio.*
2 *Antiquorum expositio.*
3 *Faber innixus, ut novam traderet.*
4 *Sed non exequitur.*
5 *Fabri disputatio adversus Vlp.in l.2.§.si quis decesserit D.unde legitimi.*
6 *Defensio Vlpiani.*
7 *In quo error Fabri.*
8 *Quid Repetentes.*
9 *Quid dicendum de servo qui scit se manumissum, sed ignorat an dominus decesserit, & interim ipse decedat.*
10 *Pragmat. quid sentiant.*
11 *Auerrans quis præsumatur.*
11 *Qui testatur post sententiam à qua appellavit valide testatur.*
13 *Hodie damnati ad mortem valide testamentum faciunt.*

Ex-

1 Explicare usque ad *num.* 13. in præsenti *Faber* rationem credit, quam *Julianus* attulit in *l. lex Cornelia* 28. *D. de vulgari* in his verbis;(*quia non efficitur per legem, ut is qui nulla bona in Civitate reliquit, hæredes habeat*) & cum alitèr ab antiquis Interpretibus id agere velit, in idem tamen quod illi tandèm reincidere cogitur.

2 Dicebant namque Veteres non aliud *Jul.* innuere in citatis verbis, quàm illud ipsum, quod *Papinianus* apertius, & si paucioribus, in alia specie expressit (*quia filius familias mori*
3 *intelligitur*) At *Faber* admittere hãc explicationem veluti ab alijs traditam dedignatus per plura circũvagatur, & nunc istud probat nunc illud, & tandem cum *nu.* 9. objectionem insurgẽtem, quam bona fide dissimulare non poterat, videret, scil. cur *Julianus* dixerit fieri non posse, ut qui bona nulla in Civitate reliquit, hæredes habeat, cũ hæreditas sit nomẽ Juris, & cum non requiratur, ut aliquid sit in hæreditate; ideòque pater familias inops, quanquam nihil prorsùs in bonis habeat, si apud hostes moriatur, hæreditatem habeat, & hæredem. Respondit interrogationi, id ex eo esse, quia pater familias acquisitionis capax fuit, & in quo instanti mortuus est, ei etiã ignoranti acquiri potuit, aut per servos si quos habebat, aut ex causa legati, aliave simili, per quam solet ignorantibus quoq; acquiri. unde, cum *Jul.* de filio familias loquatur, qui non solùm bona nulla habet, sed neq; habere potest, impediente iure patriæ potestatis quo fit, ut quicquid acquirat patri acquirat; non aliud dixit, ꝙ responsio vera, & germana, & prorsùs illud ccõludit, quod *Jul.* dicendo, *non posse eũ, qui nulla bona in Civitate reliquit hæredes habere*, significaverit *non posse eum, qui filius familias decesserit hæredem habere*, ut
4 communis interpretatio exponit. Ita nè mi *Faber*, vulgarem sententiam reicis? Siccinè tantis argumentis, tantisque verbis aufugis? ut tandem in eamdem reincidas?

5 Sed à *num.* 13. *Juliano* relicto, *Faber* vexat *Vlpiani* Responsum, quod extat in *l.* 2. *§. si quis decesserit D. unde legitimi*: & cum in eo scriptum, *si quis decesserit, de quo incertum est, utrũ paterfamilias, an filius familias sit; quia pater ejus ab hostibus captus adhùc vivat, vel quod alia causa suspendebat eius statum, magis est, ne possit peti bonorum ejus possessio; quia nondũ intestatum eum esse apparet, cum incertũ sit, an testari possit.* noster *Faber* I. Consulto acutior nec veram, nec bonam dicit rationem hanc; *quia nondùm intestatum eum esse apparet*, eo quod, ait ipse certissimum sit intestatum decessisse eum, qui nec testamentum fecisse pro-
6 ponitur, nec si fecisset, testari poterat. Acutè sanè, si Dijs placet, quasi nulla esset differentia constituenda, an intestatus quis decedat, an verò intestabilis, ut Doctores nostri loquuntur, & quasi quia nullũ testamentũ proponebatur factum, certum fuerat intestatum decessisse eum, qui sui status erat incertos quando potuit non tam intestatum, quam intestabilem decessisse, hinc non apparere, an intestatus hic decesserit rectissimè dicit *Vlpianus*: quoniàm in suspenso id erat, & ex futuro eventu pendebat declarãdũ, an intestabilis decesserit, an verò intestatus in proposito qui incertus erat, an testari potuisset, nec nefanè hoc ultimũ dũ impugnare vult *Faber* ridiculè seipsum impugnat; nam dicendo, certissimum esse filium captivi testari non posse, & Rationem illam adijciendo, quia incertus de suo statu est, quinimmò incerti status ex *l. qui testam.* 14. *& l. sequenti D. qui testam. facere possunt*, alijsque juribus adductis si quis ab eo quærat, cur hic decedens incerti status sit, respondere cogitur, quia incertum est, an filius familias, an pater decedat. hoc autem admisso, si rursus petatur quid importet, an filius, aut pater familias quis decedat. respondet potissimè facere, ut testari possit decedens, vel non possit; igitur dicam ego concludimus quod cum incertũ est, utrum pater familias sit qui moritur, an filius; incertum quoque est, & eadem de causa an is testari potuisset, nec nè? id quod faciet ut rectè dicamus incertum, an intestatus is decessisset; nam potuit intestabilis decessisse. Certè *Vlpiani* verba bona fide explicanda, non captanda sunt, neque poterit ità argumentari cum *Fabro* qui patrem apud hostes habet, propter jus postliminij pater familias adhùc non est: ergo si decedat, intestatus decedit. Nam qui ita argumentatur potiùs decedere hunc intestabilem, (si argumentum curreret) quam intestatum concludet, sed non currere argumentũ ex eo cõstat, quia jus ipsum postliminij incertum est, & ex futuro pendens, an admittendum sit; eximius autem *Fabri* er-
7 ror est, & perpetuus, qui credit illud dubitari, aut exquiri apud Juris Consultum, utrum is, de quo tractatur intestatus decesserit, an testatus. Nèc videt illud exquisitum, intestatus nè, an verò intestabilis decesserit; undè quæ sequuntur. *Cum igitur cœperit certi status esse, tunc demùm petenda est bonorum possessio* non ita sunt explicanda, ac si dictum cum certum esse cœperit, intestatum esse; sed ita ac si dictum *cum esse certum cœperit, patrem familias esse*, ut intelligamus, exponere J. Consultum, quod priùs dixerat; & intelligamus quoque voce illa æquivoca *intestatum* fuisse eum in antecedentibus usum, potiùs ad potentiam denotandam, quam ad actum, & in his postremis verbis à cõtrario usum eadẽ esse ad denotandum potiùs actum, quam potentiam; idcòque ab eo scriptũ non ita *cum certum*

tum

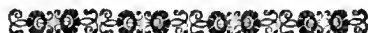
tum esse experit, intestatum esse, idest *testamentum non condidisse*; sed ita, cum esse certum cœperit, pattem familias esse, idest potuisse testamentum condere.

8 Sed ramen quamvis in expositione hujus *l.2. §. si quis decesserit D. unde legitimi* tot congesserit *Faber* difficultates, nullam invenère veteres *Repetentes*, & eorum sequaces qui in foro sunt; sed ex illa simplicissimè deduxerunt, quod & verum est, neq; ab intestato bonorum possessionem, neq; successionem ex illo titulo, *unde legitimi* deberi, adeòque, nec peti posse, si de statu defuncti dubium emergit, incertumque fiat, an pater familias effectus fuerit mortuo apud hostes captivo patre, an verò adhùc filius familias existens illo demùm reverso, defunctus hic sit? Sanè incertitudo status defuncti non solùm possessionem bonorum impedit, ut diximus; sed etiam facit, ut is, qui incertus de statu suo est, testari nequeat, & si velit. & hoc tàm in *l. de statu 15. D. de testamentis*, quàm in alijs iuris responsis expressum Nostri volunt, cum *Bartolo, & Baldo* ibidem, cum *Mereerio lib.1. opin. cap.2.* & alijs plerisque quos sequitur *Ioãnes Dautherius in comment. de testam. rubr. qui*
9 *testam. num. 150. & 216.* Et sanè de servo, qui sciens quidem se testamento domini manomissum ignorae autem dominũ decessisse, aue hæredieatem eius aditam fuisse *Paulus* respõdet in *l. qui testam. 14. D. de testam.* incertum eum de statu suo certam legem testamento dicere non posse, quod tamen & si placitum *Iustiniano, & Tribon.* qui hoc Responsum in Pandectis retulère, displicuit in sequentibus temporibus *Leoni Imp.* ideòque illud abrogavit *Novella sua 37. ut Dion. Goth.* ibidem notat.

10 Hæc autẽ quæ de testamẽto condito ab incerto status sui, aut de eo qui ignorat, dicta sunt ab Interpretibus; porrigunt *Pragmatici* ad alia similia, ut videre est apud *Grassum Recept. sentent. §. institutio q.29.* & apud alios citatos in *tractatu regularum in ver. error.* ple-
11 rumq; tamen in disquisitionem apud eos venit, an errans quis præsumatur, & quando? & videndus *Menochius de præsumpt. lib.1. præsumpt. 75. num. 40.* itemque *lib.2. præsumpt. 19. num. 9.*

12 At cum in *l. si quis post accusationem 9. D. de testam.* cautum sit, ut is, qui ante sententiam, pendente judicio capitali, testamentum fecerit rectè testetur, non etiam qui post condemnationem sequutam; quod admittune omnes cum *Claro in §. testamentum q.21.* ubi alios citant Addentes. Receptum ideò est (quod & suprà diximus) ut si quis post sentẽtiam, sed à qua appellavit, testatus sit, quia & si possit dici pẽdens de statu suo, & incertus (nescit enim quid de appellatione futurum sit) attamen rectè testatus, & validè sit, ut *Marcianus I.* Consultus respondet in *l. qui à latronibus 13. §. fin. D. de testam.* & Ratio ea est; quoniàm sententiæ effectu per appellationem suspenso, remanet reus in primævo, & integro statu, in quo fuerat ante condemnationem. Vide *Harprectum ad Clarum supra cit. loco, Grassum §. testam. q.426. num.7. Rensuerum*, aliosque citatos à *Pisone Soacio lib.1. variarum cap.3. num.11.*

13 Sed illud pro Coronide advertendum erit, quod cum hodie (nisi in delictis quibusdam) damnati, bona propria non amittant, nèc pœnæ servi efficiantur etiam post condemnationem testati eos in usu est, & eorum testamenta valere, ut praxis quotidiana nos docet, quidquid putabant *Clarus* loco citato, alijq; post *Vasquium de success. resolut. lib.1. §.3. num.34. Covarruviam de testam. num.27. Fariuacium in prax. crim. de var. & divers. q.102. num.118. inspect.2. Peregr. de iure Fisci lib.3. tit.2. num.4. Barlichium concl. pract. par.3. conclus. 8. num.3.* Nam admittuntur passim eorum testamenta, & si post damnationem facta, & exequutioni demandantur in ipsis ritè factæ institutiones, substitutiones, & legata, quod tum usu, tum etiam ex iuris dispositione admissum monuère *Harprectus in additione ad Clarum ubi supra* post *Marium Colerum decis.34. Mat. Stephanum cent. 2. quæst.54. lit.A. Forsterium, Petrum Gregorium*, aliosque ab *Harprecto* adductos.



CAPUT IX.

Ad tex. in l. qui uxorem 15. D. de injusto rupto.

SUMMARIUM.

1 *Fabri emendatio ad l. qui uxorem.*
2 *Reijcitur.*
3 *Faber disputat adversùs Juris Consultum ind. l.*
4 *Occurritur.*
5 *Reijciuntur Fabri Oppositiones, & Responsiones.*
6 *Quid Repetentes.*
7 *Quid Pragmatici.*
8 *Non adhuc constat de Authore legis Cornelia.*
9 *Quo tempore captivum decessisse lex Cornelia fingat, magna altercatio inter nostros Interpretes extat.*
10 *Verior sententia.*

1 Mini-

1 Minimè difficilè est, quod ex *Jaboleno* scribitur in *l.qui uxorem* 15.*D.de injusto rupto*, & satis etiam, supetque ab Interpretibus explicatum, uode eirca illud *Fabrianis* coniecturis oon opus,ooo locus erat, & tamen *Faber* Cartas implet & sub *n*.4.præsentis capitis emendandam vult lectiooē receptà io illis vetbis, *Non puto dubium esse, quin per legem Cornelia, qua de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent lata est, nato filio continuò ejus testamentū, qui in hostium potestate fit rumpatur*, & legendum esse (*non puto dubium esse, quin post legem Corneliā*) Sed quid hac suaemendatione præten-
2 dat, assequi planè non potest; quandoquidem & si possit idem sensus qui à recepta lectiooe haberi, longè minùs elegans tamen habebitur, quoniam modus ille loquendi *per legē Corneliam*, significantissimè ostendit *legem Corneliam* ipsam esse, quæ facit, ut testameotum rumpatur; ea enim illud confirmat, cum alioquiu nisi confirmaret quia captivitate jàm irritum factum fuerat, oō posset deiode filij nativitate rumpi, unde dicitur in hoc sēsu *lex Cornelia* rumpit; quia facit ut rumpi possit; hanc verò sententiam emendatio *Fabriana*, aut non exprimet, aut minus apte.
3 Sed ultro progreditur *Faber*, & à *n*.5. disputat adversus *Jabolenum*, & plura movet, vt suadeat difficilè esse, quod ait Jur. Consultus *legem Corneliam testamentum confirmare, & continuò rumpere*: & tandem adducta commentitia quadam *leg.Cornelia*, & postliminij unione se satisfacisse omnibus credit.

4 Ego illud seriò animadvertendum volo an huic disputationi, de qua *Iabolenus* in hac *l.qui uxorem* 15. locus esse possit, priusquàm captivus decesserit? Et saoē dum de testamēti vitibus disputatur, & de hæredibus, & an, & ad quos pertineat hæreditas: omninò dicendum mihi videtur non posse de eo quod propositum est tractati, nisi demum captiuus, defunctus fuerit; quousq; eoim vivat per postliminij fictionem omnia in suspenso sunt, ideòq; neque de testamento eius, veluti viventis, neque de hæreditate agi poterit, hinc oportebit expectare quud vita sit functus, & tunc tractabitur de prędictis. & eo tempore, quo ruptum testameotum, aut delata hæreditas dici possit.

5 Et cum hæc ità sint remanent prorsus ioeptę *Fabri* obiectiones omnes quoniam non vivente, sed jam mortuo apud hostes testatore, quæstio de ipsius testamento, & hæreditate incidit, & quando certum jā factum *legi Cornelia* locum, non quando incertum *lex Cornelia*, an potiùs postliminij ius circa captiuum operaurum sit, & apparet quoque *Fabri* inepta Responsio; nàm ex sequuta morte, non fuisse locum postliminij fictioni constat, sed tantùm *l.Corneliæ*, ut diximus; unde eam solam in proposito confirmasse, (iàoi inde à captivitatis ficta morte) testamentum defuncti ut satis ex eventù apparet; ideòque eum posthumus qui natus est post testamentum, & post patris mortem natus sit, oeq; se institutum reperit, aut exhæredatum, sed præteritum, rumpet testamentum. itaq; supponeodum in præsenti specie agi de posthumo præterito, non de instituto, quod ratio convincit; nam alioquin repetita foret hic eadem prorsus specits, quæ à *Papin.* in *l.*1 t. tractata fuerat. Cæterùm *Aquilianum* posthumum hūc potiùs quam *Velleianum* dicendum esse, mihi persuadeo; quoniam quanquā revera vivo patre natus fuerit, attamen quia in ipsa captivitatis hora decessisse patrem lege *Cornelia* fiogitur, ex hoc fit ut post patrem defunctum, oatus hic filius diceodus veniat.

6 *Repetentes* autem omnes post *Accursium*, *Bartolum*, *Baldum*, & sequaces de defuncto patre captivo apud hostes quęstiuoem ponete, & decidere *Iabolenum* io hac *l.qui uxorem D. de injusto rupto* constantissimè tenent, & proinde notant, quod testamentum in præsenti specie rumpitur à posthumo ex tunc cū nascitur, si pater captiuus demùm apud hostes decesserit; exitus enim mortis ostendit nō fuisse in suspenso propter spem postliminij testameotum, ut *Faber* dicebat.

7 Hoc autem, & *Pragmat.* placuit sequutis *Romanum singul.* 209. *Cephalum cons.* 138.*p.*1 & *Vasquium de success.resol.*§.4.*n.*28.

8 His vero duo adnectere libet, primum quod *lex Cornelia* de qua hic, & alibi meotio, & quæ testamenta eorum, qui apud hostes decedunt antè captivitatem facta confirmat, vel si non testati fuerint; eorum legitimā hæreditatem perindè ac si in Civitate decessissent defert, quāvis tam famigerata, & à J.C. tractatum toties de ejus dispositione, attamen à quo lata fuerit vix in juris nostri libris reperiri potest: scimus enim *legem Corneliam* de Sicarijs à *Sulla* Dictatore latam, ut *Seneca lib.de providentia testatur* & ab eodem *Sulla*, *legem Corneliam* de iniurijs, ut respondet *Venulius in l.*12.§.1.*de accusationibus* scimus *legem Corneliam* de falsis à *Nerone* sancitam, ut adnotavit *Suetonius in Augusto*, & in *Nerone*, & elicitur ex *l.*2.*C.de fide instrumentorum*. At non adhùc invenire potuimus, vel apud bonos Authores, vel in iuris nostri libris à quo lata hęc *lex Cornelia* de captivis quod sanè mirum non fuisse expressum in tot varijs locis in quibus de illa, præsertim in *l.cum hic status* 32. §. *si ambo D. de donat.inter virum et uxorem in l.lex Cornelia* 12. *D. qui testam. facere possunt in l.Cornelia* 28. *de vulgari in l. si filiusfam.* 39. *de militari testam.in l.*1.§. *lex fal-*

cidia D. ad l. falcid. l. 4. §. 1. *D. de bonis libertorum l. jussio* 44. §. *fin. de usucap. l.* 1. *l. pater* 10. *l. quod si filius* 11, *in l. sequent.* §. 1. *in l. bonorum eorum* 22. *D. de captivis in l.* 1. *C. eodem tit. l.* 8. *C. de leg. hered. l.* 14, *D. de castrēs. peculio l.* 1. *D. de suis, & leg. & passim.* Cæterū de hujus legis dispositione ultrà *Fabrum* hic habes ex *Neotericis, Alciatum, & Cujac. ad l. si is qui pro emptore* 35. *D. de usucap. Connanum* 3. *comment. cap.* 14. *Duarenum, de usucap. c.* 8. *Mattheaciū de via, & ratione juris lib.* 1. *c.* 20. *n.* 13. *& similes ultra Repetentes*, præsertim *Bartolum ad d. l. is, qui pro emptore.*

9 Secundum quod placet adnotare illud est, quod non parva sit dissensio inter *Interpretes* tùm *Veteres*, tùm *Recentiores* in explicando tempore præciso in quo fictio *legis Cornelia* locum sibi vindicet; etenim si dicas captum ab hostibus (si demùm apud eos moriatur) eo tempore quo caperetur decessisse fingi: jam servum eum decessisse finges; quoniàm cum statim, atque quis captus est ab hostibus in servitutem redigatur *l. naturalem* 5. §. *fin. D. de acquirendo rerum domin. l.* 1. *vers. item bello D. de acquiren. poss.* §. *item, inst. de rerum divis.* sequitur ex hoc, quod is qui tempore, quo jam captus est moritur, non liber, sed servus effectus moritur, nam moritur post quam captus.

Hinc sunt qui dicant huiusmodi captiuū tandem defunctum, non in eo instanti quod sequitur tempus in quo captus fuerat fingi decessisse, sed in illo istāti quod præcessit Captivitatem, quinimmò in preambula hora captivitatis suæ, ut *Jason. in l. pro herede num.* 5. *& Bolognetus* ibidem *n.* 7. *Curtius in l. diem functo nu.* 3. *de officio assessor. dicebant, & Emanuel Costa* cum eis in *cap. si pater* 2. *p.* §. *te statore mortuo num.* 15. *de testam.*

Sed horum sententia impingit in aperta Juris Consultorum verba scilicet *Ulpiani* in *l. cum hic status* §. *si ambo* in fine ibi, *ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tùnc decesserint. Item Papin.* in citata *l. pater.* 10. ibi *jam tùnc decessisse intelligitur* & ejusdem *Ulpiani in l. in omnibus* 18. *D. de captivis* ibi *quasi tùnc decessisse videtur*, particula namque (*tùnc*) extremitatem temporis denotat *l.* 4. §. 1. *D. de cond. & dem.* & anterius tempus, & posteriùs excludit, ut adnotat non solum *Faber* hic, & alibi, Sed DD. omnes, cum de *Galli Aquilij*

10 formula loquuntur. Unde ad hoc attendentes alij aliter dicendum voluère, atque post *Bartolum, Castelionem, Cumanum*, & similes ad citatam *l. si is, qui pro emptore, & Ripam ad l.* 1. *in princ. D. de acquir. poss.* scripsère fingi captivum quandocunque defunctum ab eo instanti, quo capiebatur decessisse; non enim ille in primo instanti, quo captus servus effectus, sed mansit liber quousque ad hostium præsidia perduceretur *l. postlimuij* 5. §. 1. *D. de capt.* unde ante hoc mortuus, quod etiā *Pragmat.* admittunt post *Covarruviam in regula peccatum* 2. *p. num.* 2. *&* 7. *& Præsid. de Franch. dec.* 268. *n.* 4. *Caballum, qui alios plena manu congerit resol. crim.* 2. *casu* 140. & ex hoc plura deducunt in materia bonorum ab hostibus captorum, & recuperatorum, quę *de Luca ad Francum* loco cit. collegit.



CAPUT X.

Posthumum Cornelianum, Aquilianum potiùs quàm Vellejanum esse.

SUMMARIUM.

1 *Posthumum Cornelianum ad Aquilianam formulam pertinere.*
2 *Probatur.*
3 *Reicitur obstaculum.*
4 *Fabri expositio.*
5 *Impugnatur.*
6 *Pragmat. distinguunt fictionem à præsumptione, & quomodo.*
7 *Fictiones non aliud quam mendacia in sentētia Fabri, & aliorum.*
8 *Sed aliter visum doctissimo Caramueli.*

1 SI *legis Cornelia* fictionem admittas, posthumum Cornelianum mortuo patre natum fuisse omninò sequitur, atque ita Aquilianum posthumum esse, siquidem post captivitatem natum dum dicimus, per consequens post mortem patris natum dicere etiā debemus ita lege fingente, & ex hoc ut dicebamus ad Aquilij formulam non ad *legem Vellejā* pertinebit, & veluti post patris mortem natum testamentum paternum rumpere.

2 Hoc ipsum ab *Interpretibus* ferè omnibus animadversum, ex eo etiam illustrior redditur, quod cum in Aquiliana formula captivitatis casus vel subintelligatur, vel saltèm suppleatur quando mortis casus expreßus fuerit apparet in illa casus mortis adeo conjungi cum casu captivitatis, & è contra, ut idem sit nasci posthumum post patris mortem, quam nasci post ipsius captivitatem.

3 Nec quod revera vivo patre nascatur posthumus *Corn.* & eo tēpore, quo adhùc postliminij spes superest, ideò *Vellejan.* dicendus erit; nàm cum illius nullam habeamus eo tempore quo pater vivit rationem; non enim tùnc de viribus testamenti disputare possumus, & de hæreditate viventis agere, sed habeamus quo tem-

tempore (patre jàm mortuo) natum eum fuisse post ipsius mortem, nempè post ipsius captivitatem (quæ cum morte per fictionem *legis Cornelia* coniungitur) oportet concludere, quod nunquàm hic posthumus *Cornelianus*, *Vellejanus* fuit; quia non vivo patre, sed eo mortuo natus supponitur.

4 Sed quamquã hæc fatetur *Faber*: contendit tamèn in præsenti posthumum hunc, qui ante patris mortem vita fungitur apud *Jabolenũ* dicendum esse *Vellejanum* non *Aquilianum*, ea sola ratione, quam verbosissimè ad *num.* usque 15. producit, quod *legis Cornelia* fictio in eo, veluti quem jàm defunctum inve-

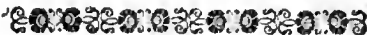
5 nit locum non habeat, cum tamen hæc ratio, quamquam verissima, & à nobis in superioribus cum *Papin.* in *l. quod si filius* 11. *de captivis* approbata; attamen quod *Faber* intendit nequaquàm probet, quoniã non ad hoc ut filius post patris mortem natus videatur, oportet, ut *lex Cornelia* fingat, adeòque ut super eo aliquid fictionis admittatur, & an potuerit, vel non potuerit de eo fingi videndum; sed sufficit quod finxerit lex ut poterat super patre testatore, eumque mortuum fecerit ab ipsa captivitatis hora, quoniam id statim faciet ut filius, & si de eo nihil fingatur mortuo patre, natus fuisse appareat, adeòque posthumus *Aquilianus* non *Vellejanus*, alioquin opposita nos concedere oporteret; nempè & patrem captivum, qui tandèm apud hostes defunctus sit, mortuum in prima captivitatis hora, & insimul vivũ esse atq; ita utrumq; in eadẽ hora captivitatis, ad cætera mortuum, vivũ quoad filium fuisse, quando hoc ultimũ, vel contrà ipsa iuris prudentiæ principia asseretetur, quæ mortuo tandèm captivo, nullam fictionem postliminij circa illum admittunt, neque à principio admissam fuisse volunt, ideoque non patiuntur dici posse, vivo patre filium natum, & defunctum, esse.

Sed quicquid alij, & *Faber*; satis constat ex suprà dictis quod *Cornelianus* posthumus *Aquilianus* potiùs quàm *Vellejanus* dicendus erit: nato eo namque post patris captivitatem, videtur post eius mortem natus, cum *lex Cornelia* fingat captivo demùm mortuo tùnc decessisse, cum caperetur, ut toties repetere opus fuit, & inculcare; quod cum *Faber* negare non ausus sit, nullam assignare poterit in *Jaboleni* specie causã, cur non ità dicendum quando omninò ità dicendum esse, affirmasse *Repetentes* etiam communitèr meminimus.

6 *Pragmatici* autem occasione fictionis *legis Cornelia*, de qua hic nonnulla circà materiam fictionũ, & præsumptionum adnotare solent, & præcipuè quod una ab altera diversa sit; nàm fictio in re certa veritatem, vel fidem facti supplet: at præsumptio in re dubia ex coniecturis, probationes, quæ desunt supplet, quod dubium est tanquàm certum assumẽs, & ità in *l. contractus* 54. *D. de action. & oblig.* sed latiùs explicant post *Glossam in l. unica* §. *accedit C. de rei ux. act.* *Jasonem*, & similes *Eucrardus in Topica legali* loco *a fictione*, & *Menochius de præsumpt. lib.* 1. *cap.* 8. *post Alciatum, & sequaces.*

7 Quod autem fictiones nil aliud sint quàm mẽdacia, ut scripsit noster *Faber* in his *coniecturis lib.* 2. *c.* 16. hoc ipsum scriptum invenies apud *Altusium lib.* 1. *Juris prudentiæ cap.* 1. & *Melchiorem Valenzà illustr. tract.* 13. *c.* 1. *n.* 5. qui ex hoc etiam deducit post eundem *Fabrum*, aliosque, quod cum jus nostrum fidem, & veritatem maxima humani animi bona, amplectatur *l.* 1. *D. de pactis l.* 1. *D. de const. pecunia*, ideòque à mendacijs, & commentis maximè abhorreat *l. ult. de rei vindic.* *Novella* 18. *de triente, & semisse cap.* 10. §. *illud quoque*. Ideò non alitèr fictiones admisit, quàm urgente necessitate, & æquitate suadente.

8 Verũ enim verò adversùs horum Interpretũ ratiocinationem, faciunt ea, quæ de fictione, doctè ut solet, & subtilitèr considerat *Doctissimus Caramuel in sua Rhithmica epist.* 6. ubi dùm differit, an Poetis mentiri liceat, appositè quod aliud sit fingere, aliud mentiri, aliud mendacia aliud fictiones docet, idque etiã Sacrosancti Evangelij loco *c.* 24. *Luca* adducto, & explicatu, sed de hac re libentissimè disserentem auditem *Baldassarem Pisanum* nostrum, in Poetica, & legali facultate Virum apprimè excultum.



CAPVT XI.

Nullam esse pugnam inter l. qui uxorem 15. & l. posthumus 12. D. de injusto rupto.

SVMMARIVM.

1 *Propositio Fabri quod posthumus Cornelianus sit Velleianus non potest admitti.*
2 *Jabolenus ad tempora Hadriani et ultra pervenit.*
3 *Jabolenus, & si sciverit Hadriani Constitutionem scivit quoque ad speciem à se tractatam non pertinere.*
4 *Non ergo dissidet Jabolenus ab Vlpiano.*
5 *Quid Repetentes.*
6 *Pragmatici generalitèr tradunt quod mortuo posthumo, vivo testatore, saltem de æquitate testamentum reconvalescit.*

1 CUM nequaquam admitti possit, quod *Faber* prætendebat, scilicet, posthumum *Cornelianum* esse *Vellejanum* dicendum, non *Aquilianum*, sequitur non rectè ex *Vlpiani* specie, quam tractat ad *l. posthumus 12. de injusto rupto*, & ex *Hadriani* Rescripto ab eodē *Vlpiano* ibidèm adducto, ad quæstionem à *Jaboleno* in *l. uxorem* 13. tractatam duci argumenta; longè enim una disputatio ab altera distat; dùm in una de posthumo *Aquiliano*, in altera de *Vellejano* agitur; & fallitur re vera *Faber* egregiè, dùm credens *Jaboleni* posthumum *Vellejanum* esse, & talē qui vivo patre nascatur, difficilem inter *Jabolenum*, &

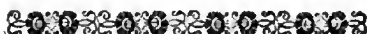
2 *Vlpianum* conflat antinomyam. Et rursùs magis egregiè fallitur dum facilè posse tolli credit, dicendo *Jabolenum* floruisse antè *Hadrianum*, neque ad illius tempora pervenisse, ideòque non potuisse ab eo latam Cōstitutionem scire, & ex ea respondere, quod fecit *Vlpianus* qui eandem scivit. Fallitur sanè; nàm ex idoneis Scriptoribus constat, refertur que, ut certissimum à viris doctissimis *Bernardino Rivalio*, & *Nicolao Henelio* in Juris Consultorum vitis, itemque à *Jacobo Gothofredo in manuale Iuris Civilis*, *Iabolenum* ipsis *Hadriani* temporibus floruisse, & sub ipso officijs interfuisse, consilijs adhibitum, quanquàm dubiæ sanitatis, ut *Plin. lib. 6. epist.* scribit, & quinimmò usque ad *Antonini* imperium perventum, ab eoque edoctum *Salvium Julianum ex l. 5. de manumissis vindicta*, & alijs Juribus *Donellus* monet 5. *comment. cap.* 25. quæ si ità sunt nullo modo ignorare potuit tàm celebrem *Hadriani* Constitutionem, & ipso Principe autore vivente, & imperante ex illa non respondere, aut illam dissimulare.

3 Scivit ergo *Jabol.* Imp. *Hadriani* constitutionem, at scivit etiam eam ad posthumum *Cornelianum* non pertinere, quod & vidit *Julianus* in *l. qui bona 22. §. fin. D. de captivis*, ideòque pronunciavit indistinctè *si quis cum prægnantem uxorem haberet, in hostium potestatem perveniret, nato deindè filio & mortuo, ibi decesserit, ejus testamētum nullum est*: sanè Iulianus si Constitutionē Imperatoris ad hunc etiam casum pertinere, nempè ad *Cornelianum* posthumum vidisset, alitèr respondisset, (aut interposuisset, saltèm clausulas illas) ex (iuris scrupulositate) aut (stricto iure) quas interponere solent Juris Consulti.

4 Quoniam igitur ut suprà monuimus *Cornelianus* nepos, de quo *Jabolenus* in hac *l. qui uxorem* 15. nullo modo *Vellejano* est æquiparandus, cum potiùs *Aquiliano* sit similis, fit per consequens ut nō pertineat ad ipsum *Hadriani* Rescriptum, illud de quo *Vlpianus* in *l. posthumus 12. D. eodem tit. de injusto rupto*, nam quis credet adeo immemorem *Tribonianum* adeo vecordē, ut si pertinuisset, reposuerit sub eodē titulo quin immò in eadem pagina duo Responsa opposita, etiam dato quod forent duorum Jurisconsultorum diversorum temporum (quod *Faber* existimat) & adeò apertam antinomyam in iuris libris relinquerit.

5 Hinc *Repetentes* post *Gloss. Accursij*, qui & ipse contrarietatem prædictā vidit, & solvit, & post adnotationem *Viviani ad d. l. si uxorem* communitèr tradunt, planam rem esse, & explicitam; quoniam *Jabolenus*, scribunt ipsi, tractat de posthumo nato post mortem patris, qui præteritus testamentum rumpit. *Vlpianus* verò de posthumo nato, mortuoque vivo patre, adeòque loquitur in ea specie, in qua dici potest defunctum patrem familias absq; filio, & præteritionem fuisse illius filij, qui mortis tempore in rerum natura non erat; quæ ratio movit *Hadrianum*, ut Rescriberet posse scriptum hæredem secundum tabulas accipere possessionem.

6 Pinguiùs tamèn, ut solent *Pragmatici* hoc ipsum tractantes parùm curant, an posthumus *Cornelianus*, *Aquilianus*, an verò *Vellejanus* dicendus sit: sed illud mordicus tenent, & firmant, quod mortuo posthumo, vivo testatore saltèm ex æquitate prætoria reconvalescat testamentum, adeò ut ex eo bonorum possessio peti possit, & ità post *Julium Clarum in §. testamentum quæst. 45. num. 2. Soccinum*, *Cornenm*, & *similes* de communi sententia testatur *Giacebarus in collect. commun. opin.* verbo *posthumus*.



CAPVT XII.

Retinetur recepta lectio in §. si filium l. si quis posthumus 9. D. de lib. & posthumis.

SVMMARIVM.

1 *Agitata lectio hujus textus.*
2 *Sententia Juris Consulti in prima illius parte.*
3 *Sententia in secunda parte.*
4 *Quid in Fabro non placeat.*
5 *Explicatio illorum verborum jus filij pependerit.*
6 *Poterunt illa de Nepote explicari cum Amaya retenta lectione recepta.*
7 *Repetentes etiam dubii circa lectionem adductorum verborum.*
8 *Sed certi cum Pragmaticis de sententia text.*
9 *Nepos fit Avo suus hares, filio exharedato.*

1 Le-

1 LEctio §. *si filius l. si quis posthumus* 9. *D. de lib. & posth.* semper agitata extitit apud Interpretes oon solum antiquos, apud quos mendosa ea fuerat, sed apud *Neotericos*, & quod magis est, etiam postquàm ex Pandectis Florentiois emẽdata fuit, oam id non obstante *Alciatus in lib.* 1. prætermissorum *repudiaverat* legendum suadet, & *Hotomanus* 1. *obser. cap.* 15. in vers. *reperitur* ubi legitur, *quod moriente ave, filij jus pependerit*. Respondendum voluit *filius pependerit*. Cæterùm
2 quicquid sit de horum doctissimorum alioquin hominum ratiocinatione neminem mutaturum Florentioam lectionem existimo, si Juris Consulti sententiam, quæ in utraque Responsi parte continetur percipiet; est itaq; illa in prima parte (& si alij aliter explicent) quod si quis filium exhæredaverit, nepotem verò ex eo præterierit, extraneumque hæredem instituerit, siquidem supervixerit filius testatori patri, licèt post mortem illius ante aditam hæreditatem decesserit, nepos oequaquàm rumpet testamentum; ea nimirum ratiooe, quia exhæredatio, quæ ex aditione hæreditatis vires sumit *l. si patronus* 12. §. *ex testamento D. de bonis libertorum l.* 1. §. *videamus D. de bonor. poss. contra tabulas* non retrotrahitur ad tempus conditi testamenti, ideòque filius non priùs incipit exhæres esse, quã institutus, defuncto testatore, incipiat hæres esse; hoc autem facit, ut vivo testatore, quinimmò etiam eo mortuo, usquequo hæreditas adeatur semper filius in suitate permanserit; obstetque nepoti ne primum locum occupet, & ne adnascatur Avo; unde, & si postmodũ decedat filius, quoniam post patrem testatorem decessit, nepos nullo modo rumpere testamentum valet, etenim cui suus fiat (defuncto jam avo) non habet: Nèc causari potest se præteritũ ab Avo, quoniam ille quo tẽpore testabatur, iure id facere poterat, dum illum nèc instituere, oec exhęredare deberet: quæ omnia rectissimè ab *Vlpiano* quoq; in *l. si quis filio* 6. *D. de injusto rupto*: explicata sunt; addito etiam, quod si scriptus hæres repudiaverit, aut ante aditam hæreditatem decesserit, nepos hic hæres erit, & suus hæres avo, in quo magistrum sequitur *Papinianum*, cuius Responsum extat in *l.* 7. *D. unde liberi*.

3 At in secũda Responsi parte dicitur, diversum esse si in hostium potestate filius sit, & decesserit in eodem statu; Rumpit enim hoc casu nepos testamentum, quod moriente avo filij ius pependerit, & noo abscissum, ut in superiori casu fuerit; proponitur itaque in secunda parte tex. differentia inter exhæredationem, & captivitatem filij, & filio capto, & apud hostes defuncto, rumpere nepotem testamentum avi concluditur; huius autem conclusionis ratio non obscura est: & si obscurum sit, quid sibi velit clausula illa, *quod moriente ave filij jus pependerit*, adeo ut sicuti à principio dicebamus *Varij* varia scripserint, hos autem *Faber* hic refellit, & tandem emeodanda, & ipse citata verba suadet, legendumque, *quod moriente ave illius jus pependerit*, atque ità de nepote explicat, non autem de filio, ut cęteri faciunt *Interpretes*.

4 Sed mihi in *Fabri* dissertatione plura sunt, quæ displiceant, & si non omnia; & in primis illud admittere non possum, quod veluti certum, & indubitatum ipse assumit, scilicet, per exhæredationẽ jus suitatis non abscindi, sed de hoc aliàs. Secundo nõ admitto, quod verba illa, *jus pependerit*, debeant, & possint de nepote explicari; Siquidem in præsenti specie filio existente apud hostes postliminij fictio (dum omnia ipsius jura in suspenso tenet sivè inspecta persona sua; nàm, & ad filiosfamilias pertinere hanc fictionem, & à nobis, & ab alijs probatum est, sive inspecta persona patris) impedit utcunq; nepotẽ ne ei jus rũpendi nascatur, unde hoc ius quod non nascitur, suspendi, & in pendenti esse, aut pẽdere non benè diceretur, quando viceversa de filio cui iam ius natum bene dicetur nàm filij revera jus suitatis pendet, dùm adhùc apud hostes est. Insuper Obstabunt *Fabrianæ* emendationi sequentia verba *non abscissum, ut superiori casu fuerit*, nam qoamvis conetur illa *Faber n.* 30. ad nepotem retorquere, nullo penitus modo aptè id potest, siquidem ratio non patitur, ut propter exhæredationem filij jus nepotis abscindatur, ne unica exhæredatione duorum jura elidãtur, quod sanè negare ne posset quidem ipsemet *Faber*, qui aliàs nec solius filij, qui eam patitur, Suitatis jus abscindi, per exhæredationem contendit. Cæterum cum in præsenti nullum jus nepoti (vel fatente ipso *Fabro*) competere possit quandiù vivit Avvs, negari non poterit quod ab hoc, neque exhæredari, neque institui nepos debuit; cum illi non adhùc suus fuerit eidem obstante filio, licet exhæredato, & negari quoque non poterit quod parum aptè ne dicam ineptè diceremus abscissum jus illud, quod nullum competebat, quod non natum erat, quod non adhùc ad neputem pervenerat.

5 Itaque concludemus primò, evidentissimũ esse, quod de filio prolata à Juris Consulto verba illa fuerint, *quod moriente ave filij jus pependerit*: secundò quod si quæratur, & quid sibi *Vlpianus* in verbis illis voluit? Respondendum erit eum voluisse significare, quod nepos ex captivo filio rumpet testamentum, hac de causa, quod cum filij jus peodeat in hoc casu, taodem defuncto eo apud hostes, po-

potest evanescere, & sic evanescere, ut abruptū videatur à prima captivitatis hora,atq; ità aliudevenire & diversū ab eo quod evenit in priori casu,quippe in illo quoniam ius filij exhæredati abscinditur, non potest ità abscindi, ut retrotrahatur abscissio,& fingatur, à die conditi testamēti evenisse.fateor tamen ego ꝙ aliquibus hęc interpretatio duriuscula, prętertim delicatis videri posset, sed peto ab illis ut meliorem afferant; & interim moneo nonnisi incommodissimè, & durissimè adducta verba quę de filio prolata,posse ad nepotemretorqueri.

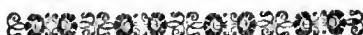
6 Sed si his nō obstantibus facere id quis velit nō erit opus cum *Fabro* receptam mutare lectionem, sed ea retenta poterit interpretari cū *D. Franc. de Amaya lib. 2. obser. cap. 1. n. 76.* Illud (*jus filij pependerit*) pro jus suitatis pependerit: atque ità dicere I. Consultum faciet,quod jus suitatis in nepote ob patris captivitatem pendebat.

7 Porrò cum *Accursius* iàm olim de lectione huius §. *si filium l. si quis posthumus 9. D. de lib. & posthum.* & post eum *Bartolus*, aliquam habuerint dubitationem; Undè in versi. *quod si moriente* quandoque cum vulgata legendum voluère (*quod si moriente avo filius repudiaverit*, & quandoq; *moriente avo filius pependerit*) id in causa fuit ut *Repetentes* sequaces nutarent. Cæterùm constabat apud

8 omnes sicùt,& constat apud *Pragmaticos* Juris Consultum non aliud respondere, quàm, suum præteritum, si tempore mortis testatoris primum locum non teneat,licet post mortem tenere cæperit, non rumpere testamentum, ut ex *Alexandro, & Jasone* latiùs explicant,& in foro admittunt *Grassus recept. sent. §. suitas quæst. 4. & 5. n. 2. & 3. & 8. & qu. 11.* & nonnulli ex Nostris, qui subtiliores videri volunt.

9 At si filius exhæredatus fuerit, & scriptus hæres intrà deliberandi tēpus decesserit, nepos suus hæres Avo fieri, DD. non dubitant; quod quomodò fieri contingat *Fort: Garzias ad l. Gallus §. & quid si tantum n. 12. Goz. ad. l. qui se patri num. 220. Alciatus 3. Parergon cap. penult. Aldobrandinus libro 1. institutionum tit. de leg. agnatorum tutela, & Gomezius primo variarum cap. 9. num. 12.* fusè explicant, quorum dicta etiam ad tex. in *l. si scripto 6. D. unde liberi* explicationem appositè faciunt.





CAPVT XIII.

Ad §. ille casus l. Gallus D. de lib. & posth.

SVMMARIVM.

1 *Verba textus.*
2 *Explicantur.*
3 *Reiciuntur emendationes Fabri.*
4 *De Accursij expositione.*
5 *Item de Bart. dictis.*
6 *De particula(in) ex eodem Bartolo, & ex Brisonio.*

1 REversus tandem ad *l. Gallus*, *Faber* §. *ille casus* explicandum sumit, carpit tamen, & injuria Interpretes, quod malè illū exposuerint;quasi potuerit admodū errari in exponendo textu nō difficile neq;perplexe à *Scevola*, propositam speciem continentem; verba igitur sunt *Ille casus indifficilis est, si filium habeas, & nepotem nondum natum institutas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat; non enim suus heres est tempore, quo nascitur, nec posteriore alijs succedēdo prohiberi videtur rumpere quā qui jam natus erat. Denique, & superiori capite, ut liceat institui nondùm natos, qui cum nascentur sui erunt permitti. Posteriore capite, non permittit institui, sed vetat rumpi neve ob eam rem minùs ratum sit, quam succedit. Porrò procedere debet ut utiliter fit institutus (quod nullo iure potuit) qui nondùm natus erat. Juliano tamēn videtur duobus quasi capitibus legis cōmixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.*

2 Ex his verbis statim intelligimus nepotem nondùm natum, ab eo, qui filium habebat institutum, si vivo patre nascatur, deinde decedat Avi testatoris testamentū non rumpere;nàm quanquàm nepotis institutio non rectè facta videretur tanquàm ea, quæ neq;ad prius,neque ad posterius *legis Velleja* caput pertineret: attamen ex *Juliani* sententia commissis duobus legis capitibus deciditur.

3 At illud primò in disquisitionem venit an J.C. indifficilem idest nequaquam difficilem hunc casum appellet, ut præfert vulgata lectio,an vero in difficile positum atq; ita difficilè esse dicat, ut *Florentina* litera importat. *Fabro* placet dicere difficilem esse hunc casū atq; ita *Florentinam* sequi lectionem, idautē ego denegandum ei nolo, quamquam magis placeat vulgata lectio. Cæterum moneo eundem

dem *Fabrum* qui in difficili esse casum vult adeoque per difficilem ita in hoc eapite, præfatum esse: (difficile non est ex Superioribus intelligere quæ nam hujus §. licet alioquin satis obscuti senteotia sit.)

Secundò quod eū ubi legitur *nec posteriore alii succedendo* reponēdum velit *Faber*, *nec posterior alius succedendo*, deeeptus quidem à quibusdā libris, in quibus scriptum est, *nec posteriori* in tertin casu, attamen eum id nullum planè rectum sensum habere videret, debuit, aut vulgatas adire Pandectas, aut aliosCodices antequàm emeodaret; namque in ipsis scriptum vidisset in septimo casu, nèc *posteriore* quo loquendi modo secundū caput *l. Velleia* perstringebatur; ideòq; opus emendatione nō esse advertisset, & saoè *Scevola* ad priorem non pertinere casum eū docuisset in illis verbis: *non enim suus hæres est tempore quo nascitur*, dum adiecit nec posteriore, &c. ita dixit, ot rectè *Valentia* noster in paraphrasi explieat, *nec posteriore capite poterit comprehendi; quia illo, non alius succedendo alteri prohibetur rumpere quam qui natus.*

Hine emendatio ooo solum oon necessaria, sed talis quæ ineptum faciat *Scevolam*; qui si de nepote succedente loquebatur, non *posterior alius* scribere debuerat; sed *nec posterior ipse* succedendo prohibere videtur rumpere, at ita litera id quod ipse vult dieeret: quamquam si verum fateodum est, neque *Fabriana* emendatio neq; quævis alia ad rem facit, nam nisi receptam lectionem retineas, eamque *Accursiano*, & communi sensu explices, nuoquam rectè posttema illa verba, *quam qui natus est*, poterunt prioribus adaptari, aut commodam recipere ioterpetrationem.

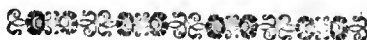
Tertiò quod idem *Faber* facit in sequentibus verbis, obi scriptum *porrò procedere debet*, emendādo *porrò præcedere debet* nō aliud est quam lauream in mustaceo quærere, cū tamen procedere pro anteire poni etiam posse atque ità in eodem sensu, aut paulò diverso retineri quo præcedere reponeretur, vel grammatici affirmabunt.

Posttemum mendum ait *Faber* esse in interpunctione illorum verborum, *quod nullo jure potuit, qui nondùm natus erat*, ideòque sioe interrogatione, & onico contextu legi debere monet. Monitum sanè maximum, & priori simile, tale tamen, ut vel io eo tradendo labatur *Faber* asserendo in Florentinis paodectis, eum interrogatione, & intra parenthesin illa verba legi, quando nemo ignorat, locupletissimis, & oculatis testibus id propalantibus, Florentinas pandectas nulla interpunctioois vestigia in se habere.

4 Sed quoniàm regreditur in hoc capite *Faber* ad ea, de quibus satis suprà dixerat, & regreditur etiam ut *Accursium*, & *Bartolum* mordeat, nedū ut literam textus mutet, postquā de litera diximus, dieamus, & aliqua de *Accursij*, & *Bartoli* assertionibus. Et quidèm *Accursius*, si vetùm fateri oportet, potiùs ut acutus laudandus erit, quam repræhendendus ut ineptus; quippè & si bonis libris destitutus cum crederet, quod & *Faber* etiam eredidit posteà, nempè *Scevolam* in hoc §. *ille casus*. Casum quem proponebat difficilem esse dixisse, advertit particulam (*in*) abundare. hioc meminit, alias id io iuris nostri libris evenisse, & quædā iura in quibus observavit ita factum allegat, præcipuè *l. si quis in gravi* 3. *D. ad Sillan.* ubi in primis illis verbis (*si quis in gravi valetudine affectus* partieulam, *in* superesse, aut solæcismum esse etiam *Dionysius Gothofredus* monuit. Ergo si *Accurs.* reprǽhēdendus, vel reprǽhendendus erit, quod *Florentinas Pandectas* non legit, & iniusta reprǽhensio est, vel quod existimaverit easum esse in difficili quando indifficilis, & planus erat, & hæc reprǽhensio tanget etiam ipsum *Fabrū* reprǽhensorem, qui ita quoque sentit. planè si diffieilem, aut iodiffieilem *Scevola* casum dieat adeo perplexum est, ut qui acutiores sunt nolentes disputare (quod in utramque partem fieri potest) verba prædicta à §. expungant legantque cum *Dion. Gothofredo* in dissimili est.

5 *Bartolus* verò est sequutus *Accursium* nec prorsùs male, siquidē sūpta oceasione ex hoc §. in quo particula, *in*, ex abundanti posita dicebatur, Magistraliter se gereos, & ut eum decebat de vi, & potestate illius particulæ, *in*, per distinctiones tractavit, & appositissimè egit.

6 Quòd si quis adeò delicatus est, ut J. Consulto indignum existimet disquirere an, & quando partieula hæc (*in*) stet augmentativè, aut alio modo, & *Bartolo* de hoe disseroti morem gerere noluerit, is adeat *Barnaba Brissonii lib. 9. de rerum significat. lit. I.* nam, & ibidèm à Magno Neoterieo, & eruditè id ipsum quod a *Bartolo* tractatum inveniet, nec indignum Juris Consulto tractationem discet.



CAPVT XIV.

Ad §. ultimum ejusdem legis Gallus.

SVMMARIVM.

1 *Expositio textus.*

2 *Jus Suitatis Digestorum iure per emancipationem tollebatur, at non hodie post Institu-*

nianum ut Pragmatici notant.
3 *Etiam emancipatis hodie institutionis titulo relinquendam legitimam.*
4 *Nisi filius sit banditus.*
5 *Donatio a patre filio emancipato non ei imputatur in legitima nisi ita pater voluisset.*
6 *Donatio facta a patre filio emancipato simplex donatio est.*
7 *Emancipatio debet per scripturam fieri.*
8 *Emancipatio altera generalis, altera specialis.*
9 *Debet coram Iudice fieri.*
10 *Potest fieri etiam coram Notario, & valet saltem ex communi consuetudine.*

1 RECepta *Iuliani* ſententia in præcedenti
ſpecie;quærit *Scevola*,an ſi nepos ille,
quem non adhùc natum, inſtitutum fuiſſe
diximus,poſt quam natus eſt, vivo adhùc pa-
tre ſuo emancipetur,an inquam ſponte adi-
re poſſit hæreditatem? hoc autem cum quæ-
rat non obſcurè innuit pro certò habere, hūc
nepotem futurum hæredem; ſed illud inve-
ſtigare,voluntarius ne, an neceſſarius ſit fu-
turus hæres, quod *Accursius*, & cæteri vide-
runt.affirmativè autem *Scevola* concludit, &
ſpontè aditurum probat, ea adjecta ratione,
quoniàm emancipatione ſuus hæres fieri non
potuit; hæc ratio evidentiſſimè oſtendit ne-
potem hunc ſemper fuiſſe extraneum, ſcilicet
tempore quo natus; nàm vivo patre natus
primum locum non obtinuit, & tempore
mortis patris; quia emancipatio tunc ei ob-
ſtitit, fecitq;ut neq;tùnc ſuus hæres fieri Avo
potuiſſet: unde ex his videtur concluden-
dum quidquid alij velint, & quidquid *Faber*
conjectetur,quod vivo patre, & natum nepo-
tem,& emancipatum fuiſſe;in hoc §. ſuppo-
nat *Scevola*, & quod cum aliud ſit ſuum hæ-
redem eſſe, aliud in poteſtate eſſe, poſſit quis
in poteſtate quidem Avi eſſe,ſed non ſuus hę-
res Avo; quoniam ab altero in gradu præce-
ditur,& rursùs poteſt in primo gradu eſſe,ſed
non ſuus quia non in poteſtate.

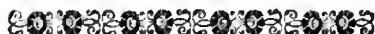
2 Præterea quanquàm ex hoc §.*ult. l.Gallus*
quibuſdam probari videatur, ut adnotarunt
Bartolus, *Castrensis*, & *Salomonius*, quod per
emancipationem ius ſuitatis tollebatur: at-
tamen id verum fuit Digeſtorum,& J.Conſul-
torum tempore: nàm jure inſpecto ſequēti *Iu-
stinianeo*,quo utimur, ut communitèr *Prag-
matici* jactant nō ſuitas per emancipationē
auferrur; ideòque emancipatis quoque ut in
3 poteſtate retētis inſtitutionis titulo legiti-
mam relinquendam clamant poſt *Grassum* §.
suitas quæst. 11.*n.*3.*Vasquium de success.creat.*
§.21. *n.*83.alioquin teſtamentum futurū nul-
lum,niſi tamen hic filius emancipatus foret
4 bāditus,uti advertunt *Magonius decis.Lucensi*
84.& *M.Mantua singul.*561. qui & illud ibi-
5 dem notat quod ea quæ à patre data ſunt fi-
lio emancipato, & donata,non ei imputan-
tur in legitima,niſi ità patrem voluiſſe appa-
reat,cum tamen donationem factam à patre
filio emancipato dicendam eſſe ſimplicem,
6 plerique contendant, cum *Sola in commen.
ad constit. Subaudiæ*, ideòq; indigere inſinua-
tione *Guid.Papa singul.*375.alijque.

7 At illud præcipuū eſt in hac emancipatio-
nis materia, quod emancipatio præmium, &
donum à patre filio factum continet, ideòq;
actum patris illam eſſe potiùs quam filij,do-
cuit *Rota decis.*7. *de iudicijs*, eamque requi-
rere ſcripturam, unde opus eſſe, ut ſaltèm al-
legetur *Afflictus* dixit *decis.*183. imò quibuſ-
dam in locis, Judicis etiam decretum expo-
ſcit, ut poſt *Bartolum in l.*7. *de operis liberto-
rum Sola ad Consuet.Subaudiæ* advertit: Cæte-
8 rùm emancipationum aliam eſſe generalem,
particularem aliam *Budæus in l.*2.*de orig. iu-
ris Glossa*, & *Angelus in* §. *preterea inst.quibus
modis ius patria potestatis solvitur*. Et *Papon.
lib.*7.*tit.*1. *arresto* 25. alijque paſſim docuere,
9 & quænam una ſit, quæve alia explicarunt.
Inſupèr coràm Judice faciēdam, qui ordina-
rius,nō apud eum qui extraordinarius nempè
Judex appellationis ſit. dixit *Guidon Pa-
pa quæstione* 632. quod tamen explica cum
*Maranta in Speculo par.*4. *dist.* 18. ſiquidem
emancipatio Clerici, & ſi facta coràm Secu-
lari Judice valituram dixit *Bellamera con-
clus.*731.& *Rota Rom.d.decis.*7. *de iudicijs* in
novis, ſi verò ſit non coràm Judice; ſed co-
ràm ſolo Notario facta emancipatio an va-
leat,dubitatum aliàs fuit;nàm negabant *Ca-
ravita ad prag.*§.12. *num.*26.*ad S.Con. Ma-
ced.Paris de Sindicatu in verbo sua* §.*quaro de
quæst. Clemens de patria potestate effectu ultimo
num.*79. *ex Iustinianea Constit.in l.fin. C.de
emancipat.liberorum.*Contrà affirmabant poſt
*Cornuum Maranta par.*4. *dist.*18. *Borrellus
cons.*73.*Maxilla ad Consuet.Bar.*

10 Et horum ſententia tandem in praxi re-
cepta eſt, eiq; non obſtat *Iustinianea Constit.*
ſiquidèm cum illa non definiatur quod tan-
tummodò coràm Judice fiat emancipatio,ſed
permittatur jubeaturque adiri Magiſtratus,&
illos quibus per leges,vel per longam conſue-
tudinem permiſſum eſt hoc facere; ex his ver-
bis edocemur in hac materia poſſe longam
conſuetudinem aliquid operari, & iuriſdi-
ctionem dare,ſive poteſtatem,& auctoritatem
emancipandi etiam,illis qui Magiſtratum nō
gerunt; quod ſi ita eſt jam videmus datam
hanc poteſtatem Notarijs, per longam con-
ſuetudinem,quę adhùc viget,& recepta apud
nos eſt.

Inſupèr adnotandum eſt,quòd,quanquam
pater poſſit propter ingratitudinem filium
denuo ſub patria poteſtate redigere non ob-
ſtan-

stante emancipatione facta *Randesis de Analogis c.37.* non tamen filius à patre potest emancipationi sui factæ renunciare, atque se nolle emancipatum esse contendere.



CAPVT XV.

Rursùs agitur de §. quid si tantùm l.Gallus, & de l.verum 8.§.1. D.de injusto rupto.

SVMMARIVM.

1 *Emancipatio nepotis non vitiat institutionem in suam personam factam.*
2 *Sed quid in filio? affirmat Faber.*
3 *Sed contra.*
4 *Filius nonnisi completa tertia mancipatione secundum legem 12. tabularum liber, & emancipatus remanebat.*
5 *At non ita evenit in filiabus, & nepotibus in quibus prima mancipatio sufficit, eaque unica.*
6 *Quid de filio decedente post secundam mancipationem?*
7 *Defenditur Cujacij assertio.*
8 *Quid Respondendum ad obiectionem desumptam ex Galli Aquilij formula.*
9 *Interpretes antiqui, & Recentiores per emancipati praeteritionem jure veteri testamenta non rupta asseverant, secus jure Justinianeo.*
10 *Quid per agnationem filij adoptati.*
11 *Emancipatio, & si facti attamen per longum tempus praesumitur.*

1 NEpotis emancipatione, institutionem in eius personam factam non vitiari explorati iuris esse constat ex his, quæ suprà cũ *Scevola* in §. *ult.l.Gallus* dicebamus, At nunc
2 in controversiam adducit *Faber*, an idem de filio dicendum sit, scilicet utrum illud verum sit, quod ferè omnes Interpretes jactant asseverantes, neq; etiam filij emãcipatione institutionem vitiari? & Respondet idem *Faber* falsum id esse: & cum fulcire Responsionem nullo juris capite possit: nàm in §. *quid si tantũ* quod de emancipatione *Scevola* scribit, quia in nepote exemplificat, non in filio, parùm, aut nihil stringere videt, eò confugit, ut velit ex mera iuris subtilitate nescio quam rationem oriri, quæ diversam reddat filij emancipationem ab emancipatione cæterorum, idcòque illam vitiare institutionem contendit.
3 Ego & si non ignorem diverso modo filios à filiabus, & nepotibus emancipari olim debuisse, nam in illis trina mancipatione, in his unica tantùm opus erat, ut *Vlp.* tùm in *l.verũ 8.§.1.D.de injusto rup.* tùm in *fragm.tit.10.§.1* & *Caius*, (qui & modum emancipandi nos docet) *primo instit.tit.6.§.4.* testãtur: attamèn nullo modo adduci possum, ut *Fabro* consentiam, rationemque ab ipso allatam recipiam; nàm video ipsum supponere prima, & secunda emancipatione abire filium de patris potestate, & reverti, ideòque adnasci, & rumpere; cum tamèn Juris observatio oppositum doceat, nam *l. 12.* tabularum cum non alio modo exire de patria potestate filio permissum foret, quàm si tèr à patre venũdatus fuisset, ità enim scriptum in tabulis erat: *si pater filium ter venũdunit, filius à patre liber esto*, ut testatur *Festus*. Sequitur necessario quod non prius filius emancipatus sit, & sacris paternis solutus, quàm tribus mãcipationibus sollemniter perfectis; undè facta tantùm prima, vel secunda mancipatione, quanquàm ficte videretur venditus, & reversus, tamen, & cum prima, & cum secunda mancipatione adhùc in patris potestate filius permanebat; nam non adhùc cõpletus, & per-
4 fectus sollemnis ille actus, quem lex 12. tabularum requirebat, ut liberum filium redderet è patris potestate; perficiebatur nãq; hic actus cũ tertia demũ venditio sequebatur qua cõpletus; quod si quis in his, quæ dicimus authoritatem quærat, ratione, quæ non obscura est, non contentus, adducam *Vlpianum*, cuius hæc verba sunt in citato *tit.10.in fragm. liberi parentum potestate liberantur emancipatione, idest si postea quam mãcipati fuerint manumissi sint, sed filius quidem tèr mancipatus, ter manumissus sui juris fit. Id enim lex 12.tabularum jubet his verbis: si pater filium ter venundunit, filius à patre liber esto. Cæteri autem liberi præter filium tam masculi, quàm fœminæ una mancipatione, manumissioneque sui juris fiunt.*
5 En quomodò apertissimè *Vlpianus* non priùs fieri sui iuris filium, & ex patria potestate exire, quam si tèr fuerit mancipatus, & manumissus pronunciat: atque ita nisi perfecto tertio & sollemni actu: & sanè si prima mancipatio sufficiens, ubi nàm differẽtia inter filium, & cæteros liberos? & dũ filius quoque una idest prima mancipatione, & venditione, e familia exit, & sui iuris fit, ad quid multiplicate mancipationes si una eaque prima actus absolveretur, & filius extra patris potestatem fieret? dicendum ergo prima, ac secunda mancipatione non revera filium mancipari, sed remanere adhùc sub patris potestate; nam non adhùc satisfactum legi duodecim tabularum, & tunc liberari, cum tertia venditio facta est.

Sed hæc si aperta, & visa Ipsimet *Fabro*; nã sub *num.* 7. scripsit: *Sed quia cum per primam emancipationem non exeat omninò filius de potestate, necessè sit remancipari illum patri, ut iterùm ab eo emancipari possit, ideòque patri denuò remancipari, ut tertia postremaque emancipationi locus fiat, per quam tota emancipationis sollemnitas absolvatur.* Quomodò verum esse potest, quod idem, *Faber* contendit, filium scilicet in huiusmodi remancipationibus de patris potestate exire, iterumque reverti, atque ità adnascendo paternum, vel invitum rumpere testamentum? An non contraria hæc sunt, non exire omninò de patris potestate, & usque adeo exire, ut cum revertatur tamquam novus filius adnascatur, & tamquam novus hæres adnatus rumpat? certè si hoc facit oportet ponere prima emancipatione omninò exijsse, & omnimodò è patris potestate liberatum esse; nam hoc opus est, ut postea tanquam novus adnascendo suus hæres fiat patri; At si ità ponamus non video quid operari possit secunda, & tertia emancipatio, & remancipatio tanquam ille, quæ perfectum actum sequuntur, & iam filium liberatum inveniunt; nisi dicamus posse ad hoc valere ut cum simus in specie nostræ legis, testamentum rumpant faciantq; ad id filium agnasci, unde secunda, & tertia emancipatio ad omnia inutiles, valebunt tantum, ad ritè factum testamentum infirmandum, & irritandum, quod planè ridiculum est.

Porrò si vera *Fabri* ratiocinatio foret, verumque ideò filium rumpere; quia à potestate patris abalienatus, denuò in eam revertitur à fiduciario patre emãcipatus, vel remancipatus, sequeretur rumpi quidẽ patris testamentum, & invalidam fieri institutionem, tũc demũ si pater antequàm tertio emancipaverit decedat, nam tunc verũ est decedere relicto filio qui in sua erat potestate; at si vita functus fuerit post tertiam emancipationẽ, & manumissionem, idest post cõpletũ sollẽnitèr actũ, idipsum asseverari non poteris; nã testamẽtum substineri oporteret saltem exẽplo posthumi nascentis, & decedentis, vivo testatore, de quo *Vlpianus in l. posthumus* 12. *de iniusto rupto*, quod admittamus, ut *Fab.* admisit sub *n.* 4. vel ex hoc etiã defendi poterit, quod dicunt Nostri, filij emancipatione non rumpi testamentum paternum; de emancipatione namque perfecta loquuntur præcipuè illi, quibus ignota trina hæc mancipatio; & per emancipationem perfectam testamentum non rumpi, sed substineri ex *Vlpiano* mox diximus.

6 Sed ne recipi possit, quod prætendit *Faber*, nempè rumpere testamentum patris, filium qui post secundam mancipationẽ decedit, illud etiam convincit, quod iniuria filius id faceret, dum institutum in eo testamento se reperit, nec causare possit quod institutus quidẽ sit, sed tunc institutus quando extraneus erat (ut opponebat posthumus *Vellejanus* qui postea suus heres effectus, erat) nam ipse etiã suus erat quando fuit institutus, & ut suus institutus, nec aliud ei contingit eũ, decessit, quam quod secunda emãcipatione iterùm suus fuerit effectus supposito quod per primam desijsset esse (quod tamen ut supra falsum est) cæterùm quod suus, ut diximus, iterum sit factus obstare testamento paterno non debet, siquidem posthumus ille, de quo *Vlpianus in l.* 12. ideò obstitit, & rupit, fecitque per consequens, ut ad æquitatem descendi oportuerit ad testamentum substinendum, quia quo tempore adnascebatur, se præteritũ reperijt: quado hic de quo agimus quo tempore adnascitur, & à patre fictitio, vero patri remãcipatur se institutum invenit, & rectè institutum, & per cõsequens de quo queratur nòn habet, nisi malignè, & de paterna charitate pessime meritus dixeris institutionẽ illam a patre factam, quia urgebatur ad eam ex legis dispositione non quia ex charitate, & affectu movebatur paterno, & malus interpres id deduces ex sequenti beneficio in filium collato, nempè ex emancipatione sequuta, quod prorsus impiũ est asserere; de reliquo si tuta non patiuntur eũ rumpere, qui institutus fuit, licet tanquam extraneus si postea suus efficiatur *l. filia* 43. §. 2. *D. de lib. & posth. l. qui heres* 18. *de iniusto rupto*, multo minus id permittent adversus patrem, qui filium suum hæredem scripsit, & tanquam suum scripsit, unde omnino vetabunt hunc rumpere. Porro quod *Vlpianus*
7 scripsit *tit* 23. *in fragm.* §. *agnoscatur*, quia rectissimè à *Cujacio* de prætetito filio post primam, secundamque mancipationem esse scriptũ non de instituto explicatum erat, non debuit *Faber* aliter asseverare, & *Cujacium* reprehendere ut facit *num.* 10. sub illo prætextu, quod tractet *Vlpianus* ibi de filio instituto; hoc enim debuerat probare potius, quàm gratis, & temerè asserere & nunc antequam probasset *Cujacio* se opponere, & replicare.

His adde quod filij, & nepotis comparatio, quæ fit in §. 1. *l.* 8. *de iniusto rupto*, ne quicquã movet; nàm & de filia præterita, ibi sermo est ut ostenditur in illis verbis (*filia cum emancipatur, &c.*) & de nepote prætetito, de quibus rectè l. C. dixit, quod filia uti & nepotes si post unam emancipationem prætereantur, non rumpent; quoniam ut iam diximus hi per unicam primamque mancipationem statim emancipantur, & hoc præstare nobis argumentum, ut aliter dicamus de filio, docet *Cujacius*; & ut asseramus filium præteritum

ritum rumpere; quia in illo tres fieri mácipationes opus est, ut jus suitatis amittat per emancipationem perfectam. Ex hoc etiā loco cognosces falsam quoq; esse sententiam illorum, qui indistinctè jactant filias fœminas, & nepotes impunè potuisse præteriri; nàm si verū fuisset indistinctè, frustra in suo casu moneret *Vlpianus*, non rumpere quando in nullo casu rumperent; an dicemus filias, & nepotes tunc rumpere eum institutę? sed hoc ridiculum foret, an verò quando institutę, & emancipatę fuerint, sed hoc falsum ex §. *fin. l. Gallus*: igitur si aliquo casu rumpent, tunc rumpere necesse est eum in potestate manentes præteritę fuerint, quod ne faciant opus erit ut emancipentur; & statim fiet, & unica mancipatione, ut toties dictum est.

8 Sed restat adhùc, ut ea, quæ sub *n.* 13. author scribit, disquitamus; nempè ut sententiam proferamus nostram circa obiectionem illam quod si verum foret per emancipationem filij non rescindi ipsius institutionem, *Galli* formula, & provisio subverteretur, nam, quomodò admittendus erit nepos secundum illā formulam institutus? utrum ipse solus an admittendus cum patre suo? an viceversa illa rejecta, pater tantùm licèt emancipatus hæreditatem consequeretur? Et ego relictis, quæ alij attulère, & relicta quoq; *Fabri* assertione, quoniam si emancipatione filij rumperetur utique in totum testamentum, adeoque ex hoc capite *Galli* provisio esset vana cum ad successionem ab intestato recurrendum esset; Ego inquā in his quę cōtroversa sunt censeo. Nepotis institutionem sub illa conditione factam, si filius suus esse desierit, adimere hæreditatem à filio instituto, sub eadem conditione, si suus esse ipse desierit; undè cum per emancipationem sequutam, conditio extiterit, habebit locum institutio nepotis sub conditione facta, & habebit etiam locum ademptio, quæ sub contraria conditione facta extitit, neq; novum in iure, ut quis instituatur sub aliqua conditione, & sub eadem adempta ab alio instituto censeatur hæreditas quæ primum data fuit. Finge, (ut exemplo clarior res fiat,) patremfamilias testatum, ita *Titius ex asse hæres esto, si Titius Consul erit, Sejus ex asse hæres esto*, quis non videt in hac dispositione, & sub conditione Sejo hæreditatem datam, & sub conditione à Titio ademptam. id ipsum ergo dicemus in formula *Galli* evenire, & filio instituto, si deindè nepos ità instituatur, *si filius suus esse desierit, nepos hæres esto*, statim sub illa conditione à filio hæreditas adimi sub qua nepoti datur, ex hoc etiam sequitur vt nepos suus hæres futurus sit & filius tumpere testamentum non poterit; quia emancipatus fuit. Cæterùm Prætoris beneficio utetur, implorabitque Edictum *de conjungendis cum emancipatis liberis*, ut & *Veteres Interpretes* animadvertère.

9 Sed postquā in his, quæ adnotata sunt, vidimus *Fabri* errores qui eadem, quę jam dixerat repetēs, nobis eadem pluribus cōfutādi necessitatē præbuit, paucis nunc adnotandum est, quid *Interpretes* in explicādo hūc §. *quid si tantùm l. Gallus*, & in exponenda *l. verum* 8. §. 1. *de injusto rupto*, tradiderint, & quidem illi communitèr sentière ob præteritionem filij emancipati, ante *Justiniani* tempora testamenta non fuisse irrita, ut tradunt *Angelus de Perusio ad Aut. de hered. ab int. venientibus*, & sequaces item *Vasquius in tract. de success. lib.* 1. §. 20. *n.* 2. quod. & Neoterici postea admisère cum *Vulteio Hotomano*, & similibus *ad §. emancipatus inst. de exhæredatione liberorum*. Sed ut ipsimet adijciunt, hoc postea à *Justiniano* abrogatum fuit; unde passim in foro receptum extat, ut inspecto *jure, Instinianeo, & Novellarum* emancipatus à patre testatore sit hæres saltem in legitima, instituendus ut exclamant *Cancerius variar.* 1. *cap.* 1. *n.* 3. *Grassus recept. sent.* §. *successio q.* 2. & cæteri passim; cum tamen in adoptione, & adrogatione aliud esse plerisque visum sit; nam & si olim adrogatione testamenta rumperentur: quoniam si is, qui testatus fuerat, postea aliquem adoptabat, aut adrogabat, ex hoc testamentum prius à se factum ruptū Responsum est in *d. l. verum, sive in l. certum est* 8. *D. de iniusto rupto* hodiè tamen ex §. *adoptivi inst. de exhæredatione liberorum* alitèr dicendum volunt, post *Cinum, & Salicetum in*

10 *l. cum adoptivis* §. *sed nec articulum D. de adopt. Tobiam Nonium in commen. instit.* aliosque ad *d.* §. *adoptivi, & Grassum in* §. *success. quæst.* 21.

11 Rursùs Nostri ad hanc materiam adnotāt, quod quamvis emancipatio facti sit, attamē post longum temporis spatium facta præsumetur, & quamvis hoc spatium viginti annos complecti visum *Franco dec.* 10. *n.* 4. *Afflicto, & Vrsillo dec.* 183. item *Menochio præsumpt.* 6. *cap.* 55. alijsque ab Addentibus adductis ad cit. *Franci dec.* attamen meliores *Pragmatici* distinguere solent, & dicere quod aut agitur de præjudicio illorum qui cum filijsfamilias contraxère, & tunc per effluxum decennij emancipationis præsumptio inducetur, aut de ipsa emancipatione tractatur, & ad hanc acquirendā viginti annis opus erit, aut deniq; & si nō allegetur emācipatio facta, si quis per annos quatraginta tanquā sui iuris se gessit, & hic sui iuris habebitur etiā quoad testamenti factionem, ut probant *ex l.* 1. *C. de patr. potest. Reg. de Marin. ad Reverter. dec.* 354. *& Argel. de aeq. poss. q.* 3. *n.* 239. *et* 366



CAPVT XVI.

Defenditur Recepta lectio in l. qui duos D. de conjung. cum emancipatis lib.

SVMMARIVM.

1 *Quid dubitatum apud Marcellum in adducta l.3.*
2 *Explicatur textus.*
3 *Respuitur Fabri emendatio.*
4 *Repetentes retinent receptam lectionem.*
5 *Ansam Fabro emendandi ex Viviani Glossemmate.*
6 *In crimine læsæ Majestatis in quo filij puniendi, distinguunt nostri inter susceptos filios ante delictum, & susceptos post delictum admissum.*

1 IN ea specie, quæ extat in *l.3. D. de conjūg. cum emancip. liberis* hæsitari non oportet, quin dubitatum apud *Marcellum* fuerit, nō solū utrum frater, qui præteritus proponebatur, & utrum nepotes ex filio emancipato, exhæredato: sed etiam utrum filius ipse emancipatus exhæredatusque bonorum possessionem petere potuisset, & quid iuris esset; idque dubitatum non ineptè, aut stultè, ut *Faber* credit, sed cum maxima ratione, etenim quamvis testator filium hunc, quem emancipaverat (retento ex eo in potestate nepote, eoque instituto insimul cum altero nepote quem post emancipationem filius procreaverat) exhæredasset: attamen quia in hoc eodem testamento alterum filium proprium præterierat: exhæredatio suas vires retinere non potest, existente ob præteritionem alterius filij testamento nullo; Regula enim, quæ habet exhæredatione notatos liberos ad possessionem contra tabulas non esse admittendos, tùnc locum sibi vindicat, cum exhæredatio fuerit in testamento perfecto facta, non autem cum in eo, qui, nullum, & irritum est, aut mox annullandum, & irritandum; nè alioquin, ut *Papinianus* aliàs in proposito dicebat, testamentum per omnia irritum ad solam exhæredationis notam profecisse videretur; quamvis, ut J. Consultus apertè Respondet, solus filius præteritus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit; id quod tamen verum esse tùm respectu nepotum qui se institutos inveniunt, tùm fratris quoque exhæredari ex infra dicendis patebit.

2 At cum in jure nostro passim constituatur differentia intèr filios antè emancipationem, & post emancipationem susceptos, potissimum quando de danda bonorum possessione contrà tabulas tractatur, ut videre est in Responsis illis, quæ extant sub *tit. D. de bonorum possess. contrà tabul.* oportuit propterea *Marcellum* in sibi proposita specie, nepotem ex filio in potestate concepto, retentoque ab Avo in potestate etiam post emancipationem paternam, separare ab alio nepote ex eodē patre nato post præfatam emancipationem; nàm hic neque suus hæres Avo erat, neque in ipsius potestatè natus, dum conceptus post emancipationem patris fuīt, ut supponimus §. *illud autem instit. quibus modis jus patriæ potestatis tollitur.*

3 Sequitur etiam ex his quod verba *post emancipationem susceptis* omninò retinenda erunt, tanquam illa quæ rationem habent pro se apertissimam; unde nemo est qui *Fabro* credat esse expungenda, & multò magis quia nequaquam repugnat contextus, ut perperam credidit ille, nam quod dictum fuerit *solus filius præteritus, &c.* Cum dici debuisset *filius præteritus, & nepos in potestate, &c.* non turbat quia *solus filius* dicitur, habito respectu ad alterum filium, qui exhæredatus non perit; Nec novum J. Consultis primò generalitèr loqui, deindè se magis restrictè explicare; Rursùs & quod scriptum sit *exhæredatum obstare filijs suis*, neque obstat quoniam vel in hac assertione pluralis numerus pro singulari positus est, ut *Azo, & Accurs.* voluère, vel quod ita iuris Regula esset expressa *exhæredatus obstat filijs*, eam *Marcellus* allegando profert verba ipsissima; utitur tamen illis ad propositum, & secundum speciem, de qua tractat.

4 Sed cum tot *Faber* moveat pro emendanda, sivè potiùs corrumpenda hac lege, *Accursius, Bartolus*, cæterique eos sequuti Interpretes, vel ex hoc laudandi sunt, quod receptam
5 lectionem retineant, cum tamēn (quis credat) *Fabro* ansā emendandi dederit glossemma *Viviani*, in quo cum scriptum vidisset *esse aliquantulum verbosam hanc l.* id *Faber* lectitans ut verbositatem auferret integras clausulas auferendas suasit.

6 *Pragmatici* autem occasione distinctionis hic factæ de susceptis liberis ante, vel post emancipationem, quærere solent in delictis, in quibus filij puniuntur, an puniendi sint, tū qui antè, tum qui post delictum suscepti sunt. Finge Titium perduellionis damnatum suscepisse & ante delictum, & post nonnullos liberos ex coniuge sua, quæritur an omnes puniendi? & quidem omnes puniendos voluisse videntur Imperatores generalitèr loquuti in constitutione illa, quæ extat in *l. quisquis D. ad l. Iuliam Majestatis*: at non ità Doctores, qui

qui tantummodò natos post patratum crimen, idest postquàm radix eorum infecta est, ut dicunt, subiacere pœnis scripsere, quod rationi consentaneum pluribus probat inter Theologos *P. Molina de Justitia, & iure tract. 2. quest. 658. num. 24. & Simancas de Catholica instit. tit. 29. num. 23.* & inter legistas *Petrus, Cinus, Joannes Faber, Angelus*, alijque ad *d. l. quisquis, Gomezius ad l. 9. Tauri nu. 51.* & ex his, alijsque, ita in foro receptum testantur *Farinacius in tract. de crim. læsæ maiestatis qu. 116. §. 3. n. 92. D. Ioannes Vela de pœnis delictorum cap. 21. ver. 2. puniuntur. Cevallos comm. contra comm. qu. 653. & Reg. de Marinis, qui & Romana Rota, & Regia Camera* Regni hujus Neapolitani decisiones refert *lib. 2. quotid. cap. 95.*



CAPVT XVII.

Ad l. ult. ejusdem tit. D. de coniung. cum eman. lib.

SVMMARIVM.

1 *Priori addit alteram emendationem Faber.*
2 *Sed retinetur lectio recepta.*
3 *Explicatur qua de causa portio de qua Triphon. appelletur virilis.*
4 *Quid Repetentes.*
5 *Hodie non amplius locus Rescripto D. Pii, de quo Triphoninus neque locus amplius Edicto de coniungendis cum emancipatis liberis.*
6 *Quomodo velint nostri hodie Nepotes succedere Avo.*

1 PRæcedenti emendationi alteram subijcit *Faber* in hoc capite ad *l. ult.* ejusdem *tit. D de coniung. cū emancip. lib.* sed malum malo subijcit quod facilè demonstrabimus, si ostēdemus (quod *Triphoninus* apertis verbis pronunciavit) in proposita specie de duobus filijs altero emãcipato, altero verò præterito, & de duobus nepotibus ex emancipato susceptis, uno ante emancipationem, qui in potestate retentus, altero post eam, tractatum esse, & nonnisi sexunciam nepoti extraneo, ex *Divi Pij* Rescripto datam esse.

2 Et quidem duo sunt adnotanda. Primum, quod nepos emancipatus cui portio ex *Divi Pij* beneficio competit, non est melioris conditionis altero nepote, in potestate retento, & hinc non amplius aliquid quam ille habere potest, eritque ac si æquè retentus in potestate eum illo concurreret, unde constat apertissimè *Fabrum* errasse; dum voluit hunc nepotem emancipatum non plus habiturum quam ipse & frater suus fuissent habituri, atque ita vult plus habiturum quam ipse solus habiturus foret, si posset eum fratre concurrere; nam ita multò melioris conditionis facit nepotem emancipatum quam in potestate retentum, dum hic concurrens eum fratre medietatem tertiæ, aut quartæ partis habuisset, ille totam habebit, quod iniquum est, & contra mentem I. Consulti.

Secundò adnotandum, quod in hac quam tractat *Triphoninus* specie, duo Nepotes proponuntur adfuisse unus scilicet in familia testatoris retentus, alter extraneus, nempè emancipatus; atqui si hi duo cum patre conjungerentur, quod eveniret si ambo in familia Avi fuissent, hi inter se dividendum, unum dumtaxat semissem fuissent habituri; igitur Nepoti, qui non conjungitur, quia non melioris conditionis est illis, qui conjunguntur, non plus habere debet quam si conjungeretur, & quam hi qui conjunguntur habituri forent.

Neq; contrà facit quod apud *Triphoninum* dubitatum sit de triente, aut de quarta danda: nàm esto id verum, potuit quidèm id dubitari aliqua ex ratione peculiari, & nos non, quæ dubitationis causa adducuntur: sed quæ in conclusione, & decisione admittuntur, & quæ admittenda fuissent juris dispositione, attendere debemus.

Proinde ut toties diximus cum nonnisi sexuncia hui nepoti debita foret si in potestate fuisset, & *Divus Pius* æqualis conditionis non melioris eum retento in potestate eum facit, consequens est ut sexunciam ex *Divo Pio* dandam esse dicamus.

3 At quod *Marcellus in l. 3. in fino* vitilem hanc portionem appellat, quicquam dubij facere non debet; etenim ex eo quod habilis fit nepos quãquàm emancipatus ad concurrendum eum fratre, habeatq; proinde & ipse tantam portionem, quantam frater habet, virilem eum habere rectè dicitur, habito ad portionem fraternam respectu, cui æqualem porrionem obtinet, & virilem eum eo consequitur.

4 Sed quamquam hæc quæ dicimus vera sint, illud ingenuè fatendum erit, quod in confesso est apud *Repetentes* hanc legem ex varijs interrugationibus, quibus in proponenda quæstione *Triphon.* utitur, subobscuram esse redditam, ideòque non facilem habere explicationem; cum tamen non malè ex illa intelligamus quod & si Rescripto *Divi Pij* conservetur pars nepoti, non tamen ita conservatur, ut melioris conditionis fiat, quia emãcipatus, cujus fuisset si in potestate remansisset,

sisset; sufficit enim, quod partem idoneam habeat. Sed quanta sit hæc pars in controversia est apud Nostros: Siquidem com à *Marcello* virilis appelletut in *d.l.3, in fine D. de coniungendis cum emancipatis lib.* tertia potiùs hæreditatis, non qoarta videbatut esse ideoque tertiam esse *Barsolus* voluit, & sequaces quamquam si quis dixerit, virilem, ideo haoc portionem vocari, quoniam habito respectu ad fratrem cum quo nepos admittitur, ita dicta est & nō habito respectu ad patrem, & patruum, ut nos supra diximus, is facilè difficultatem omnem eludet, ut nos facilè elusimus.

5 Rursùs Nostri tàm ex suprà posita *Interpretum* doctrina quam ex his, quæ notāt *Institutionum Commentatores* In §. *consequi instit. de hęred. quæ ab intest. deferuntur* credunt sublatom hoc prætorium Edictum *de coniungendis cum emancipatis liberis*, & sublatum quoque *Divi Pij* rescriptum, unde illis hodie amplius locum oon esse clamaot; dum *Iustinianea* Constitutione pares effectos, æquiparatosqoe emancipatos eum filijs in potestate retentis io parerna successione vident, aut se videre contendunt; ideoqoe sublatam differentiaw omnem.

6 Cæterùm nepotes vivente patre, qui Avo succedere potest, non admittendos. Sed demùm defuncto illo, cum patruis successuros concludūt post *P. Gregorium syntag. lib. 44. c. 4. n. 8. & Vvesembecium in Paratitlis ad tit. hunc.*



CAPVT XVIII.

De explicatione l. qui ex liberis 11. §. testam. D. d. bon. possess. secundum tabul.

SVMMARIVM.

1 *Species quam tractat Papinianus.*

2 *Exceptio ab eodem adiecta.*

3 *Impugnatur Faber qui vult in specie proposita sufficere quod testator secundum testamentum incidat, nec opus esse alia probatione voluntatis.*

4 *Explicatur Papinianus in vers. nec putaverit.*

5 *Veteres, & Pragmatici concordes in exponenda hac lege.*

6 *Sed non concordes in quæstione an quod dispositum est in primo testamento & postea reconvalescit per voluntatem recentem, ex hac an ex illo debeatur?*

7 *Fatentur omnes, & ferè semper primum testamentum per secundum tolli.*

8 *An sufficiat ut primum convalescat, secundum fuisse a testatore revocatum neque aliud opus esse: anceps quæstio.*

9 *Quidam affirmant, quomodo possit eorum sententia fundari?*

10 *Diluitur obiectio Cuiacij.*

11 *Verior sententia negat solam revocationem sufficere.*

12 *Respondetur ad supra allata pro opinione contraria.*

13 *Si testamētum fuerit ad certum finem factum facilius revocatur.*

14 *Secundum testamentum, ut tollat primum debet esse æque validum.*

15 *Si testator declaret coram testibus se mori velle ab intestato ideoque revocare testamentum. hoc sufficit, ut testamentum fiat invalidum.*

16 *Sed non sufficit si non adijciat se velle intestatum mori, nam tunc oportet ut transeat decennium.*

1 PApinianus *in l. qui ex liberis 11. §. testamento D. de bonor. poss. sec. tab.* adeò dilucidè, adeò apertè loquutus est, ut quid suis coniecturis sibi velit *Faber* planè non constet: ait ille *testamento facto Titius adrogandum se præbuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit; scriptus hæres, si possessionem petat, exceptione doli mali submovebitur; quia dando se in adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transferat*: atque ita ait io proposito exceptionem obstaturam hæredi scripto, quanqoam sui iuris effectus testator decesserit, & reddit quoq; suę assertionis rationem, nempè illam, quæ ex mutatione voluotatis descendit; is enim qui testamento facto caput, familiamque suam io alterius domom transfert prioris successoris, aut pœnituisse eum, aut saltèm non ampliùs sollicitum se esse ostendit.

a His verò adijcit Juris Consultos optimam exceptionem, ibi, *planè si sui iuris effectus Codicillis, aut alijs literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quæ defecerat, iudicio recenti redijsse intelligitur, non secùs, ac si quis aliud testamentum fecisset, & supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret*: valebit ergò testamentum priùs factum, & ex hoc scriprus hæres consequetur hæreditatem in sententia *Papiniani*, cuius ratio in promptu est; quia cum non aliam ob causam obstatura huic hæredi exceptio fuisset, nisi quia ob arrogatiooem sequutā à volontare priori testator discedisse videbatur, à voluntate scilicet decedendi cum eo testamento, quod condiderat, eumque habendi successorem, quem elegerat: huic præsumptioni

tioni locos non est amplius, cùm recenti iudicio aliter se velle, & redijsse ad priorem voluntatem ostendit: habet autē aliquam similitudinem species hæc cum illa, in qua quis cum alias tabulas fecisset has deinde supremas ideò incidit, ut priores supremas relinqueret: & habet sanè; nam in isto casu priùs testamentum valet, (quanquàm secundum factum fuerit quo ostendebatur non amplius priore uti velle testatorē) quia recēti iudicio ad primum redire velle testator ostēdit; At adversus *Papinianeam* ratiocinationem insurgit *Faber* & differentiam quandam comminiscitur *num. 11. & 12.* inter unam, & alteram speciem, quæ revera nulla est; nam, quod dicitur, ex secundi testamenti incisione eo animo facta, ut primum valeret, primū testamentum recōvalescere nō obstante secūdo, hoc ipsum dicitur de testamento condito ab eo, qui se in arrogationem dederat, nā sequēti facto, aut alia recenti voluntate ostendit in Codicillis illud valere velle; unde valebit non obstante arrogatione sequuta, & eadem ratio in utroque casu est nam prior voluntas, quæ per sequutum alterum testamentum, vel per adrogationem revocata videbatur recenter asseritur & denuo revivisсit.

3 Cæterùm falsum est quod credit *Faber* in specie de duobus testamentis factis ex sola incisione secundarum tabularum ostendi testatorem prioribus se decedere velle; nàm nihil interest verbis ne, an factis voluntas declaretur, falsum sanè; nàm etiam in hac, atq; ideò in utraq; specie, & facto, & verbis opus est, unde sola incisio secundi testamenti non sufficiet nisi constaverit ea mēte, eaq; voluntate fuisse factam, ut tabulæ incisæ non valerent, valerēt tū priores; quoniā potuit testator ideò incidisse, ut intestatus decederet; hinc in iuris libris cum de incisione tabularum mentio fit, addi solet, qua mente facta fuerit incisio, ut in *l. nostra & l. 20. C. de test.* & in cōcordantibus: Igitur & si incisis tabulis adhùc probatio exquiritur, ut ea mēte incisas cōstet fuisse, ut priùs testamentum valeat; pari modo probationem exquiremus de eo qui sui juris effectus post quam se in adrogationem dederat voluerit tunc demum cum priori testamento decedere; rectissimè itaque has species Juris Consultus inter se compatat, malè diversificat *Faber*.

4 Concludit tandem idem *Papin. nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maximè quaeritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc judicio quanquàm actori opponatur: ex persona tamen ejus, qui opponit extimatur.* Et in his non aliud innuit quam quod testamentum factum ab eo, qui in arrogandum se dederat, deindè sui iuris effectus decedit, itemque testamentum primum illius qui secundum à se factum postea incidit ea mente, ut prius reconvalesceret, valet & consistit quoniam rite recteq; factū, & quoniam neq; nullū à principio aut irritū fuit. cæterū quoniā ex post facto expositū exceptioni ideo de recenti voluntate testatoris exquisitū, non quidem ad constituendū testamentum antecedens aut nullitates illius sanandas, sed ad exceptionem quę opponebatur hæredi scripto elidēdam. Hinc voluntas illa quam ex probationibus exquirimus non ipsa cum nuda sit, testamentū facit, sed ne exceptio doli obstet, replicationē præstat. Undè eum hæres scriptus possessionē petit, si ei opponatur dolo eum petere; nàm testamentū, in quo scriptus est ab arrogatione sequuta, aut ab altero testamento sublatū est, replicabit quin immò dolo facere eū, qui ex hoc excipit; nàm testator recenti iudicio cum testamento priore voluisse decedere, demonstravit, non obstante adrogatione à qua liberatus, non obstante secundo testamēto quod incidit; hinc clausula illa *quæ in hoc judicio quanquam actori opponatur: ex persona tamen ejus qui opponit existimatur* nobis significat agi in præsenti de viribus exceptionis, & disquiri, quisnàm poriùs dolo faciat, an hæres, qui petit bonorum possessionem, an verò qui excipit, sciens testatorem ad priorem voluntatem reversum fuisse? & concludit ex persona huius excipientis extimari exceptionem nam hic potius dolo facit qui de adrogatione iam finita & de testamento inciso opponit hæredi qui novam probatamque voluntatem defuncti pro se habet.

5 Sed in hac specie, quam *Papinianus* tractat & de qua adversus *Fabrum* diximus satis *Repetentes, & Pragmatici* omnes concordes sunt, scribentes testamentum factum ab eo, qui in arrogationem se dedit, irritum quidem fieri, sed si sui iuris effectus illud expressa voluntate approbaverit, denuò reconvalescere, & confirmari, quod *Baldus* explicar latiùs in *l. fin. vers. 1. quæro C. unde leg.* et *Bart.* in hac *l. qui ex liberis*, alijque.

6 Verumenimverò non illud paritèr constat apud eosdem, utrum scilicet ea, quæ in primo testamento per legatum, aut aliter disposita fuerunt, sequuta demùm confirmatione, ex primo illo testamento, an verò ex nova hac ultima voluntate, & veluti ex Codicillis debeantur? nam sunt qui existimant deberi ex primo, quia testamentum per arrogationem sequutam testatoris non adeò effectū fuit nullum, ut prorsùs reconvalescere non potuerit, & inter hos *Faber* hic est, & ex *Pragmaticis* Plerique post *Angelum cons. 108.* pro quorum sententia facere admodùm *Papinianus* videtur; dum hic non affirmat exclusum ipso jure hæredem scriptum tanquàm nul-

nullam habentem actionem, sed exceptione doli submotum iri, quod & vidit *Accursius in Glossa ad verbum non secus*. At in contrarium sunt, qui volunt adeò sublatum, irritumque effectum testamentum primum; ut quæ in eo relicta ex nova voluntate, veluti ex Codicillis petenda sint cum *Turreta de clausula Codicillari quæst. 65. effectu 42. à num. 2.* Cum tamen in testamento rupto ob posthumi nativitatem aliter dicendum scribant post *Paneirolum consil. 95. lib. 1. & Menochium de præsumpt. lib. 4. præsumptione 32. num. 17.* quasi non multò magis rumpatur testamentum agnatione sui hæredis, quam arrogatione, vel secundo testamento, saltem quia ut arrogatio cesset, & secundum testamentum non valeat, pendet ex testatoris voluntate, at non pendet ut posthumus qui suus nascitur non rumpat, nisi instituatur.

7 Sed quidquid sit de his multo prolixior disputatio est apud eosdem *Interpretes*, & apud *Pragmaticos* in explicatione hujus §. *testamento in versic. non secus*, in quo de primo testamentu sublato per secundum, & de secundo inciso *Papinianus* loquitur; Nàm quamvis constet apud omnes testamentum primum per secundum tolli, etiamsi in secundo de primo mentio facta non fuerit, etiamsi non adsint verba *cassans, irritans*, &c. etiam si partes voluissent potiùs primum testamentum, quam secundum valere, & super hoc Principis privilegium impetrassent, etiam si in primo appositum fuisset juramentum non revocandi, quinimmò etiam si in primo de Relictis ad piam causam tractaretur, ut quidam volunt; ut hæc omnia post *Rovitum decis. 56. & consil. 93. Clarum, Tuscum, Magonium, Francum, Marcianum, Ciarlinum, Fachineum, Galeotam, Cosciam, Mascardum*, aliosque observavit ad citata *Rovitii* loca Addirionator *Altomarus*, & licèt *Joseph Ludovicus commun. concl. 58. à num. 27.* quædam attulerit, ex quibus dignoscitur aliquando primum testamentum à secundo nequaquam ruptum. Attamèn illud non constat, an ad hoc, ut primum testamentum valeat, sufficiat simpliciter secundum incisum fuisse à testatore; an verò oporteat ut & declaraverit ea mente se incidisse ut primum testamentum valeret.

8 Et quanquàm plerique, & rectè sentiunt etiam ex his, qui toti in foro sunt, opus fore, ut appareat testatorem ideò incidisse secundum testamentum; quoniàm volebat ut primum valeret, nam ita docuère ultra *Cujacium* & alios *Neotericos*, *Regens Marcianus disput. 61. n. 22.* quibus videtur consentire *Altomarius ad d. cons. Roviti 93. n. 13.* Attamèn nō desunt qui in adversū sentiant, & solam incisionem secundi testamenti sufficere, ut primum valeat contendant, & inter hos *Faber* est in hoc capite, unde malè *Marcianus*, & *Altomarius* illum pro se allegant. Sunt quoq; *Romanus cons. 494. Tuscus lit. I. concl. 95. n. 28. Coscia resolut. lib. 2. cap. 2. num. 94.* quorum *Altomarus* meminit *num. 12.*

9 Et hi quidem si hoc nostro §. *testamento* urgeantur, replicabunt in illis verbis: *Supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret* potiùs pro ipsis *Papin.* respondere; nàm innuit quod eo fine posteriores tabulæ incidūtur, ut priores supremæ maneant, atque ita præsumptionem esse, quam *Papinianus* invehit, non testatoris verba profert, aut alio facto opus esse, ut id declaret eū satis facto incisionis se declaraverit, & quam habeat volūtatem expresserit, sanè illa Regula quod volūtas aut verbis, aut factis declarari soleat, bene verificatur, cum factis illa, nempe multo magis quā verbis declaretur *l. Paulus D. rem ratam haberi l. de pupillo §. meminisse D. de novi operis nunciatione, Velascus, Gonzalez Perez*, & alij penès *Antoninum variarum 2. resolut. 11. num. 65. & Barbosam* in libro, quem inscribit principia, & loca communia Juris *lit. V. num. 68.*

10 Hinc ad ea, quæ *Cujacius* monet, & ex illo *Marcianus*, nuda voluntate testamenta non constitui, nèc restitui. Respondeti poterit, verissimum esse Axioma, & à *Papiniano* etiam in præsenti tanquàm certom assumptum, sed in proposito locum non habere; nàm non restituitur primum testamentum ex nuda testatoris voluntate, sed ex facto adiuncto, voluntatem demonstrante, népè ex incisione secūdi testamenti. Ideoque reiicienda eorum media sententia, qui licet non expressè exigant ut aliunde quam ex incisione, de testatoris voluntate eo fine incidentis, ut primum valeat testamentum, appareat; volunt tamen ut saltem per conjecturas deduci id possit, ut *Marcianus* credit *Fabrum* scripsisse hic, & alij deducunt ex dictis à *Mascardo, Mantica, Simone de Petris*, & similibus adductis à *Rovito in cit. decis. 56. n. 6.* siquidem ubi facta aperta sunt conjectutis opus non esse apertissimum est.

11 Sed & si prædicta, & similia non in subtiliter dici possent, attamèn omninò tenendum est incisionem factam secundi testamenti nō sufficere, sed de voluntate testatoris, ideò incidentis, ut primum valeat, constare oportere; nàm ità in hoc secundo casu à se tractato Papinianum exquirere, comparatio ejus, quam cum superiori casu facit, satis convincit; & cum in primo voluerit testatoris voluntatem literis, aut testibus constare, supposuit hoc ipsum constitisse in hoc secun-

cundo casu, dum dixit *incisas tabulas, ut*
12 *priores supremæ remanerent*. Proindè his, quæ suprà attulimus replicari poterit; in æquivoco falli, qui credunt satis se expressisse testatorem secundas tabulas incidendo, nam ità differunt quasi quod non posset quis alio fine incidere secundas tabulas, quã ad hunc ut primę valerent, ut *Faber* etiam *n.* 23. arbitrabatur: at nõ vidèt aliud esse quærere de tabularum valore, quo ad se; aliud quo ad alios, & respectivè, & quidem quo ad se semper quod tabulæ inciduntur, eo fine inciduntur, (nisi ignorantem, aut non sanum testatorem supponas) ut deinceps non valeant, nec ampliùs tabulæ sint; sed quo ad alios, aliud est dicendum, nam possunt esse incisæ secundæ, & tamen non ut priores supremæ, & validæ maneant: quid enim, si ideò incidit quia tertias tabulas conficere malebat testator? quid si quia intestatus mori volebat? igitur & si verum incidisse secundas, ut deinceps invalidæ forent, incertum tamen est ad quem finem ita esse testator voluerit, an scilicet, ut primæ reconvalescerent, an verò, ut ad tertias conficiendas se accingeret, an demum ut intestatus decederet?

13 Cæterùm si proponeres secundum testamentum ad finem aliquem certum factum fuisse, isque finis effectum suum non fuerit sortitus, aut sortiri ampliùs non possit, idque sciens testator secundum testamentum prudens inciderit, licèt aliud non expresserit, in isto casu facilè admitterem sublato hoc secundò, primum testamentum reconvalescere; & ad hoc expenderem quæ notant *Rota Romana parte prima diversorum decisione* 795. *num.* 19. & *Reg. Marc. dicta disput.* 61. *a num.* 24.

14 Rursùs in his illud prætereà notandum, quod cum proponitur secundum testamentum factum, ut primum revocaretur, exigitur, ut hoc secundum ritè, & sollemnitèr æquè, ac primum factum sit, alioquin non sufficere minùs sollemnem voluntatem, ut priorem sollemnem tollat, nisi & decennij cursum effluxerit, & nisi de legaris potiùs quàm de successione tractetur, monent *Pragmatici*, & explicant eum *Marciano* citata *disput.* 61. *lib.* 2. & *de Marinis lib.* 2. *quotid. cap.* 226. *Sanfelicio*, & *Coscia* apud *Altomarium*, qui & de testamento inter liberos plura notat in citato *consil.* 93. *Regentis Roviti*. Quanquàm si *Pragmatici* Juris nostri potiùs capita quam aliorum dicta excurere voluissent, ex *Pertinacis* Oratione, de qua *Tribonianus in* §. *ex eo autem instit. quibus modis testamenta infirmentur* extra tot ambages rem totam definitam invenissent; nàm Oratione illa sancitum est, oportere secundum testamentum ut primum irritet sollemne esse, & ex omni sua parte validè, & legitimè factum.

15. Quòd si coram testibus declarasset is qui fuerat testatus se revocare testamentum; quia intestato mori mavult; ex hac declaratione absque alia sollemnitate revocari testamentum factum, concludunt omnes post *Bartolum in l. si jure num.* 3. *D. de leg.* 3. dummodò saltèm coràm tribus testibus ea declaratio fuerit facta; At si decedens non adijcisset verba illa, quia mavult mori intestatus, sed tantummodò dixisset se revocare testamentum factum, tùnc ultra declarationem etiam ut effluxerit decennium opus esse, notat *Consil. Hodierna ad Surdum decis.* 128. & ex eo, & alijs *Altomare* loco citato *num.* 8. Sed videndus quoque *Reg. Merlinus cent.* 2. *cap.* 79. *num.* 16.

Denique illud pro Coronide discutiendum foret, quod & supra tetigimus, an scilicet inciso secundo testamento ea mente, ut reconvalescat prius factum hoc adeò reconvalescat, ut non solùm ad exceptionem, sed ad actionem prosit, nam quamquam antiquiores cum *Accursio*, & *Bartolo* tantùm ad exceptionem prodesse scripserint; *Neoterici* tamen, & eorum erudiriores jure Civili reviviscere, ideòque & actionem parere volunt cum *Fachin. contr. lib.* 5. *cap.* 93. *Vinnio in comment. inst. lib.* 2. *quibus modis testamenta infirmentur* §. *non tamèn Joanne Deckerus lib.* 2. *dissert.* 3. *num.* 30. *Tuldeno*, & alijs, quibus & *Pragmat.* assentiuntur cum *Menochio cons.* 176. *lib.* 2. & *M. Ant. Eugenio cons.* 59. *num.* 19. unde hi an vero *Repetentes* verum dixerint videndum esset; sed ne longiores simus quam par est alijs disquirendum hoc relinquimus.



CAPUT XIX.

Nequaquàm errasse Tribonianum in §. non tamèn, instit. quibus modis testamenta infirmentur.

SUMMARIUM.

1 *Faber reprahendit Tribonianum.*
2 *Sed fallitur.*
3 *De possessione cum re, & sine re.*
4 *Nil novi a Justiniano constitutum sive à Triboniano in cit. § non tamen.*
5 *Quid Nostri.*

6 *Si testamentum non abrasum non cancellatam &c. afferatur statim scripto haredi danda bonorum possessio.*
7 *An fatuitas notoria sit vitium visibile in testamento.*
8 *Si testator eam quem filiam nominavit suum non instituat, testamentum vitium visibile continebit.*
9 *Qui pro se aliud testamentum affert impedit immissionem.*
10 *Sed vidēdū an prius, illud vel posterius fuerit.*

1 REpræhendit *Tribonianum in §. non ta-*
men instit. quibus modis testamenta in-
firmentur hic *Fuber*, ipse potiùs repræheodē-
dus: dum ea que suprà dicta sunt, contorquet,
& confundit, & quod *Papinianus* dixerat de
testamenro aoté adeogationem facto, recenti
tamèn judieio appeobato indistinctè acci-
2 pit; Eum tamen exquisitissimè falli statim
intelliges cū aoimadvertes, in proposita quæ-
stione de testamento ex capiris diminutione
irrito effecto, secuodum duplicis iueis dispo-
sitiooem, Responderi posse dupliciter; oempè
ptimò ex iure civili secūdò ex metoiure preto-
rio, & quidē eivili iure Respoodebis & verè, ut
3 dixit *Papinianus*, scilicet quod aeeedente
voluntate nova, & dummodò sui iuris deee-
dat testatot, factum per prius testamentū va-
lebit, quod ipsum etiam de iure prætorio di-
cete poteris; si cōsideras prætorium ius ad civi-
le accedens. At secundo scil. inspecto pecu-
liari modo iuee prætoeio, quaoquàm testa-
mentum nova voluntate non fuerit confir-
matum, quod ius civile exquirete diximus, ad-
hùe Respoodebis non adeò irritum illud esse
ut ad nihilum valere possit, etenim si septem
signis testium signatum fueeir, & ipse te-
statot, Civis Romanus, & suæ porestatis eum
moteretue fuit, ad hoc valebit, ut hæres io eo
sceiptus bonorum possessionem obtineat, ut
docet *Vlpianus in fragm. tit. 23. §. si septem*, &
hoc est quod *Tribonianus* monuit in *d. §. non*
tamen instit. quibus modis testamenta infirmē-
tur, io eo enim loeo diseetissimè ius pætto-
rium à civili seiungit; Et eum de ea speeie
loquatur in qua nulla reeenti voluntate
retentum prius testamentum proponeretur
debuit omninò distinguere, & doceee, aliud
iure prætorio, aliud iure civili obtineee, non
quidem citcà statum testaroris; nàm præ-
torium nedum civile ius, ut Civis Romanus,
& sui iuris cum deeedit testator fuerir, expo-
stulat: Sed circà confirmationem ex reeen-
ti judicio; nàm hanc exposcit quidèm ius ci-
vile absolutè; Pretoriū non itèm citeà bonorū
possessionem dandam hæeedi scripto; Quan-
quàm an hæc futuea sit eum re, aut sine re, ut
Jur. Consulti loquuntur, ex alio pendet sta-
tu, quoniam videndum etit, utrum sit qui
possit hæeeditatem evincere an non sit dum
si hic non sit, cum re erit possessio, ut *Vlpia-*
nus eodem loco in *fragmentis* subjicit. Sanè
non erit qui evincere possit quando iostituti
illi fuerint, qui rem ab intestato fuissent ha-
bituri ut idem *Vlpianus* docet *in l. posthumus*
12. §. circa D. de iniusto rupto, & nos alibi ex-
plicavimus. Suavis verò *Fuber* est, qui post-
quàm debacchatus fuerit in *Tribonianū*, quod
capitis diminotiones crediderit separaodas,
cum nil aliud haberet quod responderet ad
hanc *l. 11. §. & circa*, ipse quoque eas separat,
& nescio quid peculiare capitis diminutio-
nem quę post adoptionem contingat habe-
re scribit.
4 Imponit etiam *Triboniano*, dum scri-
bit ab eo coostitutam fuisse divetsitatem in-
ter unam, & alteeam capitis diminutionem:
imponit saoè; nàm quanquàm constituere
id potuisset, & ad rem tamèn non egit, ut
quisque videre potest singula verba §. *non ta-*
men expendendo, nam patticularum illarum,
aut, & *vel* explicationis causa usus est.
Ex his igitùr, quæ suprà diximus, & ex ip-
so tex. in *l. ex liberis 11. §. testamento D. de*
bonorum possessione secundùm tabulas constat
restamentum ejus, qui se in adrogationem
dedit per sequutam capitis diminutiooem
non adeò prorsùs ruptum, ut penitùs reeon-
valescere non possit, nam de iure civili si te-
staror sui iueis effectus cum illo decedere se
velle declaraverit: reeonvalescet, validum-
que erit, & si de hae deelatatione non appa-
reat, saltem de iure prætorio ex §. *non tamen*
instit. quibus modis testamēta infirmentur pro-
ficiet hæeedi scripto ad obtinendam à peæto-
re bonorum possessiooem, & proinde *Papi-*
niano non adversari *Tribonianum* concludē-
dum est.
5 Sed cum illud, quod attulimus scilicet
Peætorem oon aliud videre, quàm si testa-
mentum sanum fuerit, idest non abolitum,
non caocellatum, &c. io ore omnium Nostro-
rum sit, eom agunt de immissione vigore edi-
cti *Divi Hadriani*, sivè ut Regoicolæ loquun-
tur cum *præambulum* petuor, ad quod per-
tinere volunt *Justinianeam* Coostirutionem
in *l. fin. C. de edicto D. Hadriani toll.* quædam
libet hic adnotare ad mareriam.
6 Et primò quod passim inculeant, oem-
pè eum testameotum affertur, non abeasum
non eaoeellatum adeoque nullo visibili virio
læsum, statim scriptum hæredem in bonoeum
possessionem admittèndum esse, ut diffusè ex-
plicant *Repetentes* cum *Glossa, Bartolo, Baldo,*
Jasone, cæterisque ad *d. l. fin. & Pragmatici*
eum *Bertazolo cons. 55. num. 28. Peregrino de*
fideicomm. art. 48. n. 29. R. Merlino 1. con-
trover.

trover. cap.10. Tappia decis. cons. 18. Capyc. Latro consult. 14. & sequenti alijsque quibus assentitur *Argelius de acquir. possess. q.3. art.2. num.153.* & Noster *Faber* in sua Codice in citato *tit. de edicto Divi Hadr. toll. definit. 3.* ideoque passim in foro clamant causidici, non de justitia causę, sive de veritate; sed tantùm de testamento curandum esse in hujusmodi immissionis judicio post *Reg. de Marinis quotid. 2. cap. 225. & Consil. Hodiernum 1. contr. cap. 19. n. 54.*

7 Secundò, quod si adversùs testamentum opponatur, vitium quod opponitur visibile esse debere Nostri dicunt ut *Capycius Latro explicat*, ubi suprà, *& Theodorus alleg. 61. num. 54.* hinc aliquando disputatum scio, an visibile vitium sit fatuitas testatoris opposita, & allegata, & quid si notoria ea sit? & cum casus contigisset scio etiam plura, & doctè pro parte utraque allata à Viris doctissimis quorum scripta cum præ manibus sint addere aliud ad rem hâc neq; potest, neq; oportet, pręcipuè cum plura fuerint etiam à *Consil. Rocco responso 75. lib. 1. n. 11. & sequenti, & a Reg. de Marinis* loco citato adducta.

8 Tertiò si testator nominet aliquem filium suum, in aliqua testamenti parte, & tamen uti filium nō instituat; adnotant nonnulli & rectè hoc vitium & si nullitatis testamenti vitium visibile habendum esse; ut monuit *Reg. Merlin. ubi supra cap. 10.*

9 Quod si is, qui se opponit immissioni parem titulum præferat, nempè aliud testamētum quāquā videtur immissionē impedire posse ex *Argellij* loco in *tit. de leg. contradict.*
10 *q.2. art.1.* & esse ordinariè agendum in causa; observandum omninò vellem quo tempore testamenta sint facta, & quale eorum prius, aut posterius factum aut quale magis, aut minus sollemne, atque hæc, & similia discuti juxtà adducta ab eodem *Argellio de acquirenda possessione quæst. 6. art. 8. num. 136. & de leg. contr. qu. 11. art. 1.* à *Rota Roman.* apud *Postium de manutenenda possessione decis. 36. n.8. Caputaquensi dec. 347. lib. 1. & a Rubeo in decis. Rota tom. 2. dec. 200. n. 15.*



CAPUT XX.

Ad tex. in l. conficiuntur 8. D. de jure Codicillorum.

SUMMARIUM.

1 *Defenditur textus Pauli adversus Fabrum.*
2 *Quid Repetentes.*
3 *Actus factus tempore inhabili potest confirmari tempore habili.*
4 *Mutus potest facere codicillos assentiendo interrogationi sibi facta.*
5 *An qui usus est via testamenti poterit uti via codicillorum, distinguendum est.*
6 *Qui vult testamentum facere si codicillos faciat non valebit actus.*
7 *Secus si voluerit disponere quoquo modo potuit, & alternativè.*
8 *Theodosij Constitutio non pertinet ad hæredem excipientem.*
9 *Actor qui erravit agendo poterit se corrigere, & petere ex codicillis postquam petijt ex testamento.*
10 *Diluitur oppositio.*
11 *Quædam facti sunt, & non iuris, ut credebant adversarij.*
12 *Si aperte dispositio prodat quid illa sit cur non admittetur erroris correctio?*
13 *Sed quanquam qui ex testamento egit possit postea ex codicillis petere; non tamen potest immissionem, aut præambulum obtinere.*
14 *De viribus clausulæ codicillaris.*
15 *In codicillis potest testamentum declarari.*
16 *Idem importat clausula omni modo meliori, vel similis quod clausula codicillaris.*
17 *De viribus prædictæ clausulæ omni modo meliori.*
18 *Is qui scribit loqui videtur.*
19 *Eluditur Fabri consideratio.*

1 PAuli mos est, sicuti & aliquorum etiam ex J. Consultis ut priùs quæ contra faciunt proponant in specie quam tractant, deindè illis, aut solutis, aut rejectis concludant quæ concludenda videntur; id autem plerisque locis actum videmus, & inter hæc in *l. conficiuntur 8. D. de iure codicillorum*, at *Fabro* nostro non placuit in præsenti; ideoque contendit à *Triboniano* interpolatam eam legem. Verum enimvero ne credamus facit nā quod tandem concluditur, *Sed dicemus codicillos valere; nam & si posthumus natus ruperit testamentum, & decesserit, nihilominùs codicilli valent*, rationem apertissimam habet, quæ oritur ex *Hadriani* Rescripto, de quo expressè *Vlpianus in l. posthumus 12.* & quę etiam ex Regulis generalibus desumitur: Primò quia difficilius vires sumit testamentum quod ruptum est ob sequutam adrogationem quàm codicilli; Secundò quod vice versa faciliùs codicilli convalescere possint, tanquam illi, qui non adeò iuris censuræ, & rigori subjàcent, quam testamentum, cum codicilli, vel nuda voluntate retineri possint: Cæterùm si contra adductam *Pauli* ratiocinationē concludere *Tribonianus* voluisset, non opus ei erat de rupto testamento ob posthumi nativitatem argumentum afferre, quia poterat, ut

solet, unico tantùm verbo, legislatoris more
rem omnem concludere, & quæ per prius
dicta erant reicere.

2 *Repetentes* autem *Veteres* unanimitèr in
hac *l.conficiuntur* 8. §. *si post factu D. de jure Co-
dicillorum*, concludunt pro Codicillorum va-
liditate, & nullam ex difficulratibus à *Fabro*
3 excitatis passi ex hoc tex. Regulam quoque
desumunt, quod factum tempore inhabili si
confirmetur tempore habili valebit, & ex su-
perveniente confirmatione trahetur ad tem-
pus habile: ut ratiocinantur *Bartolus*, *Bal-
dus*, & cæteri. Id, quod ansam præbuit *Prag-
maticis* nonnulla adnotandi de confirma-
tione, quæ vigoré actui aliàs invalido dare
potest, ut notat *Decianus cons.*65. *num.*18.
*lib.*2.*& cons.*38. *num.*70. *lib.*3. *Turretus de
clausula Codicillari quæst.* 31. *num.*18. *qu.*64.
*n.*4.*quæst.*103. *num.*40. *& passim, & Riminal-
dus Junior cons.*332 *num* 42.*lib.*4.

4 Insuper ad ea quæ de muto adnotat *Fa-
ber* hic *num.* 3. facit Nostrorum assertio,
quod rectè Codicilli nutu fieri possint, nem-
pe si testator annuat his, quæ ab eo sciscì-
tantur, ut evenit apud *Grammaticum de-
cis.*73. & apud alios.

5 Sed in quæstione illa, utrum testamentum,
quod non valuit jure testamenti, valere possit
jure Codicillorum, & utrum scriptus hæres,
qui via testamenti usus fuerat, possit posteà
ad viam Codicillorum convolare, quanquàm
Pragmatici plura dicant; quoniàm confusè
admodum loquũtur, visum est aliqua, & ma-
gis distinctè adnotare; unde primò obser-
vandum erit, utrum testator testari vo-
luit, an Codicillari, an verò utcunque po-
6 tuerat disponere, & quidem si testari voluit,
aut Codicillari, oportet, ut quod volebat fe-
cerit; alioquin si quod gessit, illud nõ sit quod
gerere intendebat, nil gestum erit. hinc ex. gr.
si testari voluit, oportet ut testatus fuerit;
si codicillari, ut Codicillos fecerit, alioquin si
in primo casu fecerit Codicillos, in hoc secũdo
testatus fuerit, nil gessit, & dispositio omninò
erit invalida, ut ex *l. non Codicillum C. de te-
stamentis*, alijsq; juribus meliores *Interpretes*
docent, & ingeniosiores causidici animad-
vertère cum *Putea decis.*79. *lib.* 1. At si dece-
dens voluit utcunque disponere, & validè,
7 ideòque clausula Codicillari usus est, eaque
alternativè concepta, non est dubitandum,
quin, si quod disposuit jure testamenti non
valebit, Codicillorum valuerit jure, unde po-
terit hæres utraq; via uti *Marta de claus. par.*
3.*clausula* 11.*num.* 42. *Regens Merlinus cent.*
2.*cap.*8.*num.*4.

8 Rursùs observandum erit, quod quamvis
ex aperta *Theodosij* constitutione in *l.fin.C.de
jure Codicillorum* sancitum sit, ut hæres, qui
una via usus est, eamque elegit, non possit ad
aliam recurrere posteà & variare; attamèn
Primò certum est eam Constitutionem non
pertinere ad hæredem Reum conventum,
qui ut dispositione defuncti, & tanquàm
Codicillis, & tanquàm testamento pote-
rit, & ut solent rei conventi contrarias inter
se exceptiones opponere *Afflictus decis.* 34.
*Gabriel comm. concl.lib.*2. *tit.de act. concl.*3.
*num.*20. alijque apud *Merlinum* ubi supra,
quorum sententia verior, & si dubitent *Reg.
Galeota in addit.ad cons.*40.*de Medicis nu.*18.
*Consil.Theodorus alleg.*17. *num.*18. & ab his
adducti; nàm verba Constitutionis satis aper-
ta sunt, & de hærede actore loquentia, ibi,
agere voluerit. Et ibi, *ad persecutionem aspi-
9 rare*, & passim. Secundò certum etiam esse
debet quod non refragante eadem Constitu-
tione, si hæres agẽdo erraverit, poterit saltèm
remedio restitutionis in integrum se corrige-
10 re atque aliam viam à prima eligere. Neque
obstat, quod *Marta*, *Theodoro*, alijsque
opponit ingeniosissimus *Reg. Merlinus* sub
*num.*14. hunc qui se errasse allegat callidè, &
supinè errasse, cum potuisset ab Advoca-
tis instructus ad judicium venire: siquidèm
vera hæc esse possunt, sed aliquando vera
non semper; quid enim si adeò incertum est,
an dispositio facta, uti testamentum valeat,
an verò uti Codicillum, ut necessariò Judicis
decisionem exigat, & pro utraque parte (ut
in omnibus ferè juris articulis evenit) Docto-
res sint, & jura allegentur? quid si actori co-
pia Advocatorum in Oppido degenti non
fuerit? quid si justa ex causa nimis præcipi-
tantèr coactus fuerit in judicio comparere, &
immissionem petere? sanè in his, & similibus
casibus non denegandam potestatem va-
riandi crederem.

11 Vellem tamen, ut Adversarij animad-
vertissent, quod, an clausula codicillaris po-
sita de testatoris voluntate, eoque sciente, &
prudente fuerit, nec ne? an septem testes qui
adhibiti, sint omni exceptione majores, an
verò quidam ex illis non tales? ideòque defi-
ciat testium numerus ad testamentum, &
proinde opus sit ad Codicillarem clausulam
recurrere? & deniq; an contagij tempore, & in
casibus majorib. positus defunctus testatus sit,
in quibus testamenta etiam cum minori te-
stium numero facta, ut testamenta valent,
neq; veluti Codicillis uti opus est? & similia
facti potiùs quàm juris sunt, & eorum igno-
rantia facti non juris ignorantia est, & proin-
dè excusabilis, & excusanda.

12 Porrò si dispositio talis foret, ut apertè se
Codicillos continere ostenderet, quis di-
cet hæredem qui ex illa agit ex eo, quod testa-
mentum in libello appellavit subinoven-
dum esse, & non potiùs permittendum illi
ut errorem corrigat, sive ut erroneam asser-
tio-

tionem in libello factam explicet, ut in simili voluit *Magonius decis. Lucensi* 32.

13 Sed tamen in his illud quoque observandum est, quod non ideò quia ei qui erravit petendo ex testamento, cum ex Codicillo petere vigore clausulæ, aut alia ratione debuerat concedimus, ut variato libello ex Codicillis petat, erit concedendum quoque ut petitione hæreditatis utatur, aut ex edicto *Divi Hadriani* immissionem postulet, & præambuli decretum consequatur, hoc enim nullo modo competit, & sat est, quod permittatur ei agere ex volũtate, & dispositione defuncti, ut obtineat eo modo quo potest, & ex voluntate minùs perfecta quam testamentum. Vide *Guidonem Papam quæst.* 123.

14 Denique cum illud vulgatum sit apud omnes minori sollemnitate opus esse in Codicillis, quam in testamento, ideòque in Codicillis quinque testes sufficere *Guido Papa q.* 583. & non rogatos *Boer. decis.* 33. etiam si duo eorum fuerint fœminæ *Bartolus in l. 9. D. de statu*
15 *hominum, & in l. 20. §. cum D. qui testamenta facere possunt.* Vulgatum quoque, & receptum quod & si nec adimi, nec dari hæreditas in codicillis valeat, possit tamen testamentum declarari per Codicillus, & explicari *Magon. decis. Florent.* 4. in his, & similibus nobis immorandum non erit, sicut nec immorandum in enumerando effectus clausulæ codicillaris,
16 nam quot sint obvium & proclive apud Nostros, apud quos constat etiam idem quod codicillatis, operari posse clausulam adjectam, ut actus valeat *omni modo meliori*: *Minad. decis. 43. nu. 12. Francus decis.* 156. *Ludovicus decis. Perusina* 118. & Addentes *ad Francum* ubi supra, inter quos *Luca* monet eandem clausulam *omni modò meliori* habere vim clausulæ, vulgaritèr pupillaritèr, & per fideicommissum ex *Fusario quæst. 245. nu.* 67. & credit tamẽ differre non parum à clausula codicillari ex *Fabro* de *errorib. Pragm.* quod licet an verum sit dicemus in *sententiarũ defensarum* libris adversus errores *Fabri* à nobis constructi, & Deo dãte quãprimum vulgandi.

17 Prædictis duo etiam addere pro Coronide placet, primum quod clausulam hanc *omni modo meliori* non parum extollunt Fractici, & magnifaciunt, quoniam, dum illa id potissimum agi volunt cum *Gratiano discept. cap.* 93. ut qui ea utitur non se restrinxisse videatur ad specificata, passim utuntur in libellis, & petitionibus concludendis, ut non solum quæ proposuère, & modo quo proposuère, sed & alia, & meliori qua potest via se petijsse, aut petere voluisse demonstrent; unde si quod petitur obtineri non possit modo petito, aut expresso, videatur petitum modo quo debuit *Marta* apud *Rovitum in prag. 4. n. 79. & seq.* de feudis *Anna alleg.* 26. dummodò modo quo petitum est assequi non potuerit, ut ex *decisione Rota* benè advertit *Riccius collect.* 879. hinc etiã hac apposita clausula, & si alias non parum differat iudicium petitorium à possessorio, ut passim DD. adnotant ad *l. naturaliter §. nihil commune D. de acquir. poss.* attamen utrumque intentatum intelligi, dixit *Ursillus ad Afflictum decis.* 127 *num.* 5. quod si verum est, verumque etiam quod idem *Afflictus*, & post eum *Rovitus in comment. ad prag. primam, & secundam* hujus Regni sub tit. de *Assistentia*; nempè quod Assistentiæ iudicium, ut nos appellamus, & frequentissimè intentamus, continet petitorium, & possessorium simul, nescio quomodò à contradictione se eximere possint *Pragmatici* quando asserunt cum eodem *Rovito* quod per præfatam clausulam *Omni modo meliori* non intelligitur Assistentia petita. de reliquo, & plura alia operari prædictam clausulam fatentur *Menochius de arbitr. quæst. 45. & quæst. 48. num. 34. lib. 1. Muscatellus & Pratus in Gl. libellus*, & alij apud *Galluppum, & Verde in praxi p. 2. c.* 1.

18 Alterum quod addendum illud est. quod hac clausula *omni modo meliori* sunt qui in testamentis utantur, eaq; operari velint, ut testamẽtum quod in scriptis factum fuerat valeat saltem uti nuncupativum, ut ex *Rota Romana dec. 100. lib.* 3. & ex ad *Afflictum adnotatione Ursili decis.* 44. retulit *Riccius cit. collect.* 879. quib. nõ obstat, quod movit *Faber* ut in oppositum, ex Senatus sui sententia sentiret *defin. 4. lib. 6. Codicis tit. de testamentis*, eò quod nun palam testator nomen hæredis expresserit, ut decebat eum qui nuncupativè testabatur; siquidem cum in scriptura nomen hæredis instituti propria manu posuerit testator, id ipsum est, ac si verbis expressisset, manu enim nos loqui, dum scribimus oculisque audire dum legimus, dixit elegantissimus *Fulvius Testius* alludens ad illud *Isidori lib. 1. originum cap. 3. litera sunt indices rerum signa verborum quibus tanta vis est, ut nobis dicta absentium sine voce loquantur, verba enim per oculos non per aures introducuntur.* Unde Amicus noster dicebat,

Dum manus eloquitur, lumina verba vidẽt,

& vis clausulæ in hoc potissimum elucet, ut sollemnitatẽ illã ore proferendi numẽ hęredis requisitam in *l. hæredes palam 21. D. qui test. fac. possunt* per æquipollens suppleat, scripturamque pro voce habeat.

19 Porrù cum *Pragmatici* passim clausulam *omni modo meliori* pro eadem ut diximus cũ Codicillari habeant atque cum illa confundant. *Rubinus in decis. 25. par. 2. Riccius loco citato*, assumatq; id ut certum *Luca ad Francum in dicta decis.* 156. parum cautè posteà allegat *Fabrum de err. qui decade 15. err.* 5. di-

diversitatem inter has clausulas agnoscit: Cæterum uteumque se Res habeat, eum tam codicillaris clausula quam hæc *omni modo meliori* non ad alium finem apponantur in testamentis, nisi ad significandum eos qui mori testati satagunt, & ut vel ultra fatum, mandent alijs attentè curare, & idipsũ velle (*Cujacio, & Dion. Gothofredo* testibus) quod Lucius ille Titius de quo *Scevola J.C. noster in l. Lucius* 88. §. *ult. D. de leg.* 2. (qui exosus forsan quod alteri *Scevola* idest *Q. Mutio Scevola* Auguri opponit *L. Crassus* apud *Ciceronem lib.* 2. *de Oratore si nullum erit testamentum rite factum nisi quod tu scripseris, omnes ad te Cives cum jacebis venient, omnium testamenta tu scribes unus*) in suo elogio ita protestatus est *hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potiùs sequutus quam nimiam, & miseram diligentiã, & si minùs aliquid legitime minusve peritè fecero pro jure legitimo haberi debet hominis sani volũtas.* Suavis erit qui credet cum *Fabro* testatores qui dicunt velle testamenta sua valere *omni modo meliori* aliud dicere quam quod ea quæ jusserint velle exequi, etiam ab his qui ab intestato succedent, & id ut consequantur velle quæ disposuère haberi, ac si omni meliori modo forent disposita, idest ac si ità disposita, ut etiam à successore legitimo exequutioni demandati valeant, & debeant.

Finis Decimi Libri.

Laus Deo B. M. S. S. P. P.



INDEX
LOCVPLETISSIMVS

Dat primus folium numerus ; ſed dogma ſecundus hujus
margineus, Lector Amice, Libri.

A

I N D E X.

tem

Con-

E

Ex-

F

Fun-

an-

I N D E X.

L

tra-

M

N

INDEX.

O

P

me

Quan-

Q

R

fide-

S

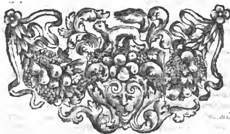
lis

T

filius,

V

Laus Deo, ejusq; Genitrici absq; labe conceptæ, & SS.PP.



D.Ioseph

D. Ioſeph Martellino V.I.D. ad Lectorem.

INdicem quem vidiſti Confeci materiarum, non tamen omnium, nam quis præſtare id poterat, qui non volumen integrum ex volumine natum vellet? talis tamen eſt qui non oſcitantur, ſed ſtudioſè quęrenti poſſit ſufficere, Forſan editio altera, è ſecundis curis locupletiorem afferet, dum certè emendationem illorum afferet errorum quorum nunc veniam precamur. Sanè eos corrigendi animus quidem fuit, at non poteſtas;aditare verò neque animus fuit;nam illum multitudine ſua obruèret Paſſim namque vitioſa interpunctio, oratio confuſa, & inverſa,quandoque etiam additamentis, aut detractionibus infarcita vitiata, obſcurata; ſunt nonnunquam negantia, & ajentia, aut non ſuo loco poſita aut ubi non debuerant addita (*ut evenit ex. gr. pag.73. nu.15.* in qua ſcriptum *non tamen cenſetur*, quando ſcribendum *attamen cenſetur*) quæ non ſolum mutant ſenſum, ſed in oppoſitum vertunt. Itaque tot errata, aut condona, aut tu emenda,ego interim Auctori eum Antonio Fabro Altercanti hoc quod ſequitur Epigramma. D. D. D.

Quò celeras Aſtræa pedes? quo vertere tentas
A laribus noſtris, intemerata, gradus?
Terreſtres, humileſque plagas, cur deſeris iſtas?
Forſitan ad Cęlos pervolitare cupis?
Exulo per Fabrum: Fabri (heu) verſutia pellit:
Vulneribus leges afficit, ecce meas.
Siſte gradum, depone metum: tua Iura manebunt;
Iſte FABER prodeſt, ſi Faber alter obeſt.
Te Fabri nudavit opus; tua Iura recidit;
Te fovet, ac amicit Borgia: verte gradus.

